

# **RACIONALIDAD Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

## **(Sobre el concepto de racionalidad procedimental y la relación derecho-moral en el razonamiento jurídico a propósito de las teorías de Aulis Aarnio y Robert Alexy)**

**José Manuel Cabra Apalategui**

### **1. INTRODUCCIÓN**



AS llamadas teorías de la argumentación jurídica han ocupado un lugar de privilegio en la discusión iusfilosófica de las últimas décadas<sup>1</sup>. Atienza atribuye el notable interés que la cuestión ha suscitado a razones de diversa índole: (i) teóricas, (ii) pragmáticas y, (iii) políticas. En efecto, la teoría del Derecho predominante en gran parte del siglo xx se ha interesado por la dimensión estructural del Derecho y la reacción de estos últimos años ha sido centrar la atención en

---

<sup>1</sup> El auge de estas teorías se manifiesta en la inabarcable producción literaria de los últimos años y en los numerosos congresos monográficos que se les han dedicado. En cuanto a lo primero, cualquier intento de aportar una bibliografía no sería más que un ensayo frustrado y siempre incompleto; en cuanto a lo segundo, véase, por ejemplo, NEUMANN, ULFRID, *Juristische Argumentationslehre*. Darmstadt. Wissenschaftliche Buchgesellschaft. 1986, p. 1; AARNIO, AULIS/ALEX, ROBERT/PECZENICK, ALEKSANDER, «The Foundation of Legal Reasoning», *Rechtstheorie*, núm. 12. 1981, p. 133 (notas a pie 1 y 2).

los aspectos funcionales del mismo. En segundo lugar y en lo que respecta a las razones pragmáticas, la práctica jurídica es fundamentalmente una actividad argumentativa. Por último, en la dimensión política, las teorías de la argumentación están conectadas con lo que podemos denominar «sentido profundo de la democracia»: una de las manifestaciones del proceso de democratización occidental es la quiebra del valor «autoridad» (entendido como autoridad institucional) de los órganos públicos a los que se exige, cada vez más, una justificación racional de las decisiones sobre la base de argumentos que permitan la discusión y el control intersubjetivos<sup>2</sup>.

Las «Teorías de la argumentación jurídica», tal y como hoy las entendemos, se refieren muy concretamente a una corriente de la Filosofía del Derecho que surge con gran fuerza a principios de los años cincuenta a partir de los trabajos fundacionales de Viehweg, Toulmin, Perelman y Recaséns Siches. El punto de partida de estas teorías es la negación de las tesis del positivismo lógico sobre la fundamentación racional de enunciados (verificación de enunciados empíricos/deducción lógica de los enunciados analíticos) y sostienen que es posible un pensamiento (práctico) racional más allá de la lógica deductiva<sup>3</sup>, a todas luces insuficiente para explicar el tipo de actividad en que consisten la interpretación y aplicación del Derecho.

Sin embargo, el mérito de haber formulado «verdaderas teorías de la argumentación jurídica»<sup>4</sup> corresponde a autores posteriores a los mencionados, como Aarnio<sup>5</sup>, Alexy<sup>6</sup>, MacCormick<sup>7</sup> o Peczenick<sup>8</sup>, dos décadas

---

<sup>2</sup> ATIENZA, MANUEL. «Argumentación jurídica», en GARZÓN VALDÉS, ERNESTO/LAPORTA, FRANCISCO J., *El Derecho y la Justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, Trotta/CSIC/BOE, 1996, pp. 231-232.

<sup>3</sup> GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, «Del Método jurídico a la Teoría de la Argumentación», en ídem, *Escritos sobre Filosofía del Derecho*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1999, p.129.

<sup>4</sup> ATIENZA, MANUEL, «Argumentación jurídica», *op. cit.*, p. 234.

<sup>5</sup> *Lo Racional como Razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Versión original en inglés *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, D. Reidel Publishing Company, 1987, en adelante RR.

<sup>6</sup> *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997 (2.ª reimpresión). Versión original en alemán *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1978, en adelante TAJ.

<sup>7</sup> *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1994 (2.ª ed. with revised foreword), primera edición de 1978, en adelante LRLT.

<sup>8</sup> *On Law and Reason*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publishers, 1989, en adelante LR.

después de la aparición de los estudios de los precursores de la disciplina. Aunque puede decirse que constituyen un conjunto de teorías «no del todo homogéneas»<sup>9</sup>, es innegable, sin embargo, que responden a una serie de orientaciones comunes<sup>10</sup> (se habla incluso de una «teoría estándar» de la argumentación jurídica<sup>11</sup> que constituye el punto de partida de todas las demás). El objetivo compartido de todas es el establecimiento de los criterios de una praxis (argumentativa) jurídica racional de la que hacer depender la justificación (objetividad hermenéutica) y, con ello, la legitimidad política, de la decisión jurídica. Esto es, el uso público de la razón en el nivel aplicativo del derecho.

Desde el punto de vista de la metodología jurídica, las teorías de la argumentación jurídica dan lugar a un cambio de paradigma definido, básicamente, por dos elementos interrelacionados:

a) El abandono del postulado del legislador racional y el desplazamiento de la exigencia de racionalidad al intérprete/aplicador jurídico. Como ha dicho Calvo García, «[l]a perspectiva de las teorías de la argumentación racional supone un cambio radical en la manera de plantear la fundamentación de la objetividad hermenéutica y la propia racionalidad de la interpretación [...] Frente a uno de los postulados más característicos de la concepción metodológica tradicional, las teorías de la argumentación defienden que el legislador real no es racional o, lo que es igual, que no hace leyes perfectas que prevean soluciones claras y no contradictorias para cualquier caso hipotético que pueda producirse, y que, por lo tanto, quienes

---

<sup>9</sup> CALVO GARCÍA, MANUEL, *Los Fundamentos del Método Jurídico...*, op. cit., p. 217. En el mismo sentido Aarnio, Alexy y Peczenik: «... no existe una teoría (de la argumentación jurídica) que pueda obtener un consenso suficientemente amplio. La escena actual se caracteriza por la (co)existencia de una variedad de teorías» (AARNIO, AULIS/ALEXY, ROBERT/PECZENICK, ALEKSANDER, «The Foundation...», op. cit., p. 135), y NEUMANN, ULFRID, *Juristische Argumentationslehre*, op. cit., p. 1.

<sup>10</sup> GARCÍA AMADO identifica algunos rasgos de este nuevo enfoque en la inflexión que opera en la metodología jurídica en tres niveles: (i) de la norma a la decisión; (ii) del conocimiento al consenso; y (iii) del método a la justificación.

<sup>11</sup> ATIENZA, MANUEL, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 132. Esta «teoría estándar de la argumentación jurídica» la constituyen las teorías de Robert Alexy y Neil MacCormick. En un sentido algo distinto, pero apuntando en la misma dirección, Horn sostiene que «[l]a argumentación en el campo del derecho incluye varios aspectos y elementos, (...). Cada uno de ellos, ciertamente, merece ser investigado de forma separada, si bien su controversia forma parte de la *única teoría de la argumentación...*» (HORN, HANS-RUDOLF, *Are there several Theories of Legal Argumentation?*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 53, 1994, p. 142).

tienen que ser racionales son los juristas, quienes interpretan y aplican la ley»<sup>12</sup>. En efecto, dada la imperfección inevitable del sistema jurídico resulta imposible hacer descansar la exigencia de racionalidad en la mera aplicación deductiva de las normas, de modo que aquella exigencia se ve desplazada al ámbito interpretativo y recae en el aplicador del derecho, a quien se dirigen (entre otros) las teorías de la argumentación jurídica.

La quiebra del postulado de la racionalidad del legislador es, no obstante, muy anterior a la aparición de las teorías de la argumentación. En un primer momento, surgieron como consecuencia de este nuevo punto de partida una serie de teorías de la interpretación y de la decisión jurídicas que podemos calificar como «irracionalistas» o «decisionistas» (Kelsen, Hart, Ross,...). Lo novedoso de los «argumentativos» ha sido su «afán racionalizador» de la decisión jurídica, el intento de superar la actitud desfalleciente de aquellas teorías respecto de la posibilidad de una praxis jurídica racional, desplazando hacia el intérprete la exigencia de racionalidad. En fin, como dice Neumann<sup>13</sup>, las teorías de la argumentación jurídica se presentan como una tercera vía entre el determinismo (sustentado en el postulado del legislador racional y el dogma de la subsunción) y el decisionismo (donde el emotivismo ético deriva en decisionismo judicial y renuncia a ver en la justificación de las decisiones jurídicas algo más que un ejercicio retórico —en el sentido más peyorativo de este término—).

b) La «colectivización del razonamiento jurídico». El razonamiento jurídico pasa de ser considerado un proceso monológico-subjetivo (un proceso interno, en el mejor o más optimista de los casos, de descubrimiento del derecho aplicable —determinismo— o, en el peor, de decisión incontrolado e incontrolable —decisionismo—) a concebirse como un proceso dialógico-intersubjetivo: «Las razones que cuentan no son las de la razón individual, las de la conciencia subjetiva del intérprete o juez, sino los argumentos intersubjetivos, las razones que se expresan hacia los otros como justificación de las opciones y decisiones. De este modo, la “verdad” jurídica no se averigua subjetivamente, se construye intersubjetivamente; (...) se justifica o se fundamenta en su “razonabilidad” hacia el exterior, para los demás»<sup>14</sup>. Este carácter dialógico-intersubjetivo se pone de manifiesto en la relevancia que

---

<sup>12</sup> CALVO GARCÍA, MANUEL, *Los Fundamentos del Método Jurídico: Una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 217.

<sup>13</sup> NEUMANN, ULFRID, *Juristische Argumentationslehre. op. cit.*, p. 2.

<sup>14</sup> GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, «Retórica, Argumentación y Derecho», en *Isegoría*, núm. 21, noviembre, 1999, p. 137.

las teorías de la argumentación conceden a la dimensión pragmática del razonamiento jurídico.

La racionalidad de la decisión jurídica deja de ser una cuestión meramente formal relativa a la estructura del razonamiento, esto es, a la consistencia lógica entre las premisas (argumentos) y la conclusión (decisión jurídica). Además de esta exigencia (racionalidad lógica), la idea de racionalidad se hace depender de la plausibilidad de las premisas, cuya fundamentación última no puede —por definición— tener la forma de un silogismo<sup>15</sup>. Esta concepción compleja de la racionalidad ha sido expresada para el razonamiento jurídico<sup>16</sup> en la difundida fórmula de Wróblewski que distingue entre justificación interna y externa<sup>17</sup>. La justificación externa se presenta como un diálogo en el que compiten argumentos y contraargumentos en orden a fundamentar las premisas de las que deriva la decisión (interpretación) jurídica. Por ello, también constituyen una dimensión esencial del nuevo concepto de racionalidad las características del proceso argumentativo del que resulte la aceptación de dicha decisión por parte del auditorio al que se dirige. Se trata, en fin, de convencer y descartar por irracionales todas aquellas decisiones sustentadas en un acuerdo fruto de la persuasión. Esto sólo es posible si la argumentación se lleva a cabo bajo una serie de condiciones que garanticen la ausencia de coacción externa en los participantes (para garantizar así la única coacción «racional»: «la coacción no coactiva del mejor argumento»). La idea de racionalidad presenta inde-

---

<sup>15</sup> Esta idea de imposibilidad de fundamentación de proposiciones a partir de otras proposiciones ha sido formulada por Hans Albert en su famoso *Trilema de Münchhausen*, según el cual un intento tal conduce siempre a alguna de estas situaciones: (i) un *regreso al infinito* que resulta de la necesidad de buscar siempre razones para fundamentar la última proposición de la cadena de fundamentación; (ii) un *círculo lógico* que se origina cuando en el proceso de fundamentación se recurre a proposiciones que son precisamente las que se quieren fundamentar; o (iii) una *interrupción del proceso* de fundamentación en un punto determinado que hemos de considerar incontrovertible, pero que supone, a su vez, una suspensión arbitraria de dicho proceso [ALBERT, H, *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1991, p. 15].

<sup>16</sup> Según Henket, «las reglas y formas de la justificación interna son aplicables a *todo* juicio práctico, sea jurídico o general», y, por ello, sugiere a propósito de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy (aunque esto es algo extensible al resto de teorías que comparten este esquema) que la ubicación apropiada de dichas reglas y esta distinción es la teoría general del discurso. En HENKET, MAARTEN, «Towards a Code of Practical Reason?», *op. cit.*, en *ARSP*, Beiheft 25, 1985, pp. 36-42 (cita en p. 41).

<sup>17</sup> WRÓBLEWSKI, JERZY, «Legal Decision and its Justification», en HUBIEN, HUBERT (ed.) *Legal Reasoning. Proceedings of the World congress for Legal and Social Philosophy, Bruxelles, 30 Août-3 Septembre 1971*, Bruselas, Bruylant, 1971. Ídem, «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision», *Rechtstheorie*, núm. 5, 1974.

fectiblemente en este tipo de teorías una importante dimensión procedimental: sólo es racional la decisión que, además de satisfacer las exigencias de la consistencia lógica, es (o, hipotéticamente, puede ser) el resultado de un procedimiento que garantice el seguimiento de los requisitos pragmáticos de la argumentación racional o dimensión discursiva de la racionalidad<sup>18</sup>.

Por otro lado, las teorías de la argumentación jurídica se han mostrado especialmente efectivas a la hora de propiciar una nueva perspectiva de la clásica cuestión de las relaciones entre el derecho y la moral: el punto de vista funcional (en contraposición al estructural). Si bien desde el punto de vista estructural o normativo se ha consolidado la tesis de la no necesaria vinculatoriedad entre el derecho y la moral, desde la óptica del razonamiento jurídico las cosas son muy diferentes. El hilo conductor de gran parte de la discusión teórica en el campo de las teorías de la argumentación lo constituye lo que se ha dado en llamar «la tesis del caso especial», según la cual

---

<sup>18</sup> La mayoría de la teorías de la argumentación reflejan esta doble dimensión de la racionalidad. Así, Aarnio distingue entre un concepto estricto y un concepto amplio de racionalidad. Este último incorpora, además de lo que denomina «L-racionalidad», o consistencia lógica de la conclusión, en que consistiría el concepto estricto de racionalidad, una dimensión discursiva que llama «D-racionalidad» que se refiere a reglas de la argumentación racional (RR, p. 247), de modo que «la lógica clásica no es sustituida, sino complementada con los métodos de la racionalidad comunicativa» («Sobre el Derecho y el Estado de Bienestar», en AARNIO, AULIS, *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social*, trad. Pablo Larrañaga, México D. F., Fontamara, 1995, p. 42).

Alexy distingue entre dos tipos de reglas del discurso práctico: (i) Reglas relativas a la estructura de los argumentos (*semánticas*): constituyen «exigencias generales de racionalidad» y rigen independientemente de la teoría del discurso. Deben aplicarse también monológicamente, y ninguna teoría de la argumentación práctica racional puede prescindir de ellas; y (ii) Reglas relativas al procedimiento del discurso (*pragmáticas*). Son reglas «específicas del discurso» y, por ende, tienen carácter no-monológico. El objetivo de estas reglas es «la imparcialidad del discurso», alcanzable sólo mediante el aseguramiento de la libertad y la igualdad en la argumentación («Diskurstheorie und Menschenrechte», en ALEXY, ROBERT, *Recht, Vernunft und Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, p. 130; «La argumentación jurídica como discurso racional», en AA. VV., *La crisis del derecho y sus alternativas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 233).

Peczenik incorpora a las categorías de Aarnio L-racionalidad (consistencia lógica y corrección lingüística) y D-racionalidad (racionalidad argumentativa) una tercera exigencia, la «S-racionalidad» («Substantial or supportive rationality»). Una conclusión es tanto más racional, cuanto más coherente sea el conjunto de premisas del que se infiere lógicamente (LR, p. 57). En la medida en que depende del nivel de satisfacción de los criterios de coherencia, la S-racionalidad es una cuestión de grados a determinar mediante la ponderación. De esta manera las tres dimensiones de la racionalidad se complementan: la L-racionalidad es condición necesaria, pero no suficiente para determinar la racionalidad de una decisión, y la S-racionalidad (coherencia) precisa, en orden a poder calificar el ejercicio de ponderación como racional, la dimensión procedimental que proporciona la D-racionalidad (ALEXY, ROBERT, y PECZENIK, ALEKSANDER, «The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality», en *Ratio Iuris*, vol. 3, núm. 1, 1990, pp. 130-147).

el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general<sup>19</sup>. Y aquí conviene hacer alguna aclaración. «Razonamiento práctico general» no es sinónimo de «razonamiento moral», de manera que no es correcto afirmar que el razonamiento jurídico es un caso especial del moral. El razonamiento práctico general tiene por objeto todo tipo de cuestiones prácticas (qué está prohibido o permitido y qué es obligatorio, en un sentido general y no necesariamente jurídico) y es un concepto más amplio que el de razonamiento moral. Este último, al igual que el político, el jurídico o, simplemente, el relativo a conductas sociales sin mayor trascendencia, constituye un caso especial o subclase de razonamiento práctico, quizá el caso paradigmático, pero no el único. Entre todos éstos existe una relación de «parecido de familia» en la medida en que constituyen subclases (o «casos especiales») de un mismo género: el razonamiento práctico. Es más, esta distinción es más teórica que práctica (como si cada «caso especial» fuera un «tipo ideal» *à la Weber* que nunca se da en realidad) porque en todo razonamiento práctico concurren argumentos de las distintas subclases (moral, ética, política,...). Así, cuando se afirma que el razonamiento jurídico es un caso especial del práctico general porque está sujeto a ciertas limitaciones (a saber, las que imponen la ley, los precedentes, la dogmática jurídica y las reglas procesales), no se están excluyendo de aquél los argumentos morales, éticos o consecuencialistas, únicamente se está afirmando que ese razonamiento orientado a la resolución de una cuestión jurídica tiene que considerar los argumentos propios del razonamiento jurídico que lo constituyen como tal y lo diferencian del resto de subclases de razonamiento práctico. Creo que es esta la manera (como distintas subclases de razonamiento práctico que se intervienen recíprocamente, y no identificando el razonamiento moral como el género del que el jurídico es una subcla-

<sup>19</sup> Ningún teórico de la argumentación jurídica puede eludir la tesis del «caso especial» y, o bien se está a favor de la misma, o bien en contra. Sostienen esta tesis Aarnio (vid. *RR*, pp. 155, 168 y 237); Alexy (*TAJ*, pp. 40, 207); MacCormick (*LRLT*, p. Xii) y Peczenick (vid. PECZENIK, ALEKSANDER, «Legal Reasoning as a Special Case of Moral Reasoning», *Ratio Juris*, núm. 2. 1988, pp. 123-136).

En contra, por ejemplo, Günther (vid. GÜNTHER, KLAUS, «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», trad. y presentación Juan Carlos Velasco Arroyo, *Doxa*, núms. 17-18, 1995, pp. 271-302; «Critical Remarks on Robert Alexy's "Special-Case Thesis"», *Ratio Juris*, núm. 2, 1993, pp. 143-156), Habermas (vid. HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998), o Neumann (vid. NEUMANN, ULFRID, *Juristische Argumentationslehre*, op. cit., pp. 86-90).

se) en la que deben relacionarse el razonamiento moral y el jurídico a partir de la tesis del caso especial<sup>20</sup>.

En lo que sigue, voy a apuntar algunos matices acerca de estas dos ideas que presiden las teorías de la argumentación jurídica contemporáneas —el concepto complejo de racionalidad (dimensión lógica + dimensión pragmática) y la tesis del caso especial— que quizá debiliten la imagen monocorde del conjunto. Para ello voy a partir de una aproximación comparativa a estos aspectos de las teorías de dos de los autores más interesantes e importantes (como demuestra la enorme difusión e impacto académico de sus obras) de lo que podríamos llamar la «segunda generación» de teóricos de la argumentación jurídica: el finlandés Aulis Aarnio y el alemán Robert Alexy. No obstante las enormes similitudes existentes entre los modelos argumentativos de ambos autores, de los presupuestos filosóficos que están en la base de los mismos, resultan algunas diferencias conceptuales relevantes<sup>21</sup>. En efecto, la obra de Aarnio está fuertemente influida por lo que se ha dado en llamar el segundo Wittgenstein<sup>22</sup> («formas de vida»). Por su parte, los planteamientos de Alexy arrancan de la teoría habermasiana del discurso, que constituye la columna vertebral de su modelo argu-

---

<sup>20</sup> Ésta es, al menos, la interpretación que sostiene Alexy: «El que la tesis del caso especial sea correcta o no depende de lo que se entienda por “discurso práctico general” (...) Si se interpreta la expresión “discurso práctico general” como denotativa del discurso moral tal como lo define Habermas, la tesis del caso especial puede ser fácilmente considerada errónea [...] Resulta obvio que la argumentación jurídica está abierta no sólo a las razones morales (...), sino también a las razones ético-políticas y pragmáticas...» («La tesis del caso especial», trad. Isabel Lifante, en *Isegoría*, núm. 21, noviembre, 1999, pp. 23-35; cita en pp. 26-27). Vid. también «Jürgen Habermas’ Theorie des juristischen Diskurs», en ALEXY, ROBERT, *Recht, Vernunft und Diskurs*, op. cit., pp. 165-174 (p. 173).

<sup>21</sup> En cuanto a lo primero, se ha dicho que las teorías de Aarnio y Peczenick «podrían considerarse como desarrollos de la de Alexy o, por lo menos, vienen a resultar, en lo esencial, compatibles con aquella teoría» (ATIENZA, MANUEL, *Las razones del derecho...*, op. cit., p. 132). En apoyo de esta afirmación puede traerse a colación el artículo de autoría conjunta AARNIO, AULIS/ALEXY, ROBERT/PECZENICK, ALEKSANDER, «The Foundation of Legal Reasoning», op. cit., en el que los propios autores consideran que existe cierta compatibilidad entre sus teorías en forma de cooriginalidad: «Somos conscientes del hecho de que a menudo no podemos atribuir una idea a su autor, lo cual es síntoma de que nuestras discusiones han sido exitosas» (p. 136).

En cuanto a lo segundo, reconocen que en algunos extremos «las diferencias no han desaparecido; otras quizás, han pasado desapercibidas». Ello obedecería —a decir de los autores— a que «[c]ada una de nuestras teorías de los autores está basada en varias tradiciones, algunas comunes, otras no, y algunas a las que nos adherimos en un diferente grado de intensidad» (p. 136).

<sup>22</sup> Véase AARNIO, AULIS. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 17; ídem, «Introducción», en *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social*, trad. Pablo Larrañaga, Fontamara, México, 1995, pp. 7-8.



mentativo<sup>23</sup>, en el que el concepto de «razón práctica» se erige en idea clave<sup>24</sup>. Se trata, en fin, de hacer explícitas esas diferencias conceptuales que, acaso ocultas bajo el ropaje de una terminología común, no siempre son observadas. Para llevar a cabo este proyecto, es necesario, pues, un breve repaso de las principales ideas de cada autor.

## 2. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE AULIS AARNIO

En la obra de Aulis Aarnio juega un papel central lo que denomina «expectativa de certeza jurídica»<sup>25</sup> (o seguridad jurídica). Ésta hay que entenderla en sentido amplio, esto es, trascendiendo la muy básica idea de que un juez o tribunal se pronuncie acerca de un asunto sometido a su jurisdicción. El concepto *sensu largo* engloba dos dimensiones distintas de la decisión jurídica:

(i) Dimensión *formal* de la certeza jurídica. En la base de este aspecto de la certeza jurídica está *evitar la arbitrariedad*, es decir, los elementos

---

<sup>23</sup> La teoría de la argumentación jurídica de Alexy –dice Atienza– «viene a significar, por un lado, una sistematización y reinterpretación de la teoría del discurso práctico habermasiana y, por otro, una extensión de esta tesis al campo específico del Derecho» (ATIENZA, MANUEL, *Las razones del derecho*, op. cit., p. 178).

<sup>24</sup> El propio Alexy apunta (pero no desarrolla en profundidad) la importancia que tienen esas ideas nucleares en el ulterior desarrollo de los modelos argumentativos. ALEXY, ROBERT, «La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica», en ídem, *Derecho y razón práctica*, trad. Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 1993, p. 59.

<sup>25</sup> «Sobre la racionalidad de la racionalidad. Algunas observaciones sobre la justificación jurídica», trad. Manuel Escamilla, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1983-1984, p. 10; *RR*, pp. 26 y ss.; «On Rational Acceptability. Some Remarks on Legal Justification», en NERHOT, PAUL (ed.), *Law, Interpretation and Reality. Essays in epistemology, hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 80; «Reasoning Judicial Decision», en AARNIO, AULIS/PAULSON, STANLEY/WEINBERGER, OTA/VON WRIGHT, GEORG HENRIK (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 649-651; «Derecho y Lenguaje», en AARNIO, AULIS, *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*, trad. Pablo Larrañaga, México D. F., Fontamara, 1995, pp. 17-18; «Sobre el Derecho y el Estado de Bienestar», en *Derecho, Racionalidad y...*, op. cit., pp. 36-37; «La respuesta correcta única y el principio de la mayoría», en *Derecho, Racionalidad y...*, op. cit., pp. 51-53; «Sobre la predecibilidad de las decisiones jurídicas», en *Derecho, Racionalidad y...*, op. cit., pp. 81-82; «Das Regulative Prinzip der Gesetzesauslegung. Überlegungen zum Problem der Möglichkeit der einzig richtigen Entscheidung», *Rechtstheorie*, núm. 20, 1989, p. 411; *Reason and Authority. A Treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*, Aldershot/Brookfield/Singapore/Sydney, Ashgate/Dartmouth, 1997 (en adelante *RA*), pp. 16 y 189 y ss; y «Jurisdiktion und Demokratie», *Rechtstheorie*, núm. 30, 1999, pp. 142-144.

azarosos, impredecibles y volitivos, de las decisiones jurídicas. Únicamente así, mediante la predecibilidad de éstas, se consigue que los miembros de la sociedad planeen sus vidas con sentido. La posibilidad de predicción crea las bases de la interacción y cohesión sociales<sup>26</sup> y depende, a su vez, de que el procedimiento de razonamiento satisfaga ciertos requisitos de racionalidad<sup>27</sup>. De este modo, «la antigua exigencia de evitar la arbitrariedad puede ser interpretada como la exigencia de un *procedimiento racional de decisión*»<sup>28</sup>.

Ahora bien, la Historia no ha sido pacata a la hora de proporcionar ejemplos de situaciones en las que los Tribunales han resuelto de una forma altamente predecible, pero, a la vez, enormemente cruel e injusta (por ejemplo, la «irracionalidad racionalmente organizada»<sup>29</sup> del Tercer Reich). Además de predecible, el derecho ha de ser aceptable<sup>30</sup>, o, con otros términos, racional (dimensión formal) y razonable (dimensión material).

(ii) Dimensión *material* (sustancial) de la certeza jurídica. Este aspecto requiere la realización de dos exigencias en la decisión jurídica: de un lado, la concordancia con el derecho (válido), y, de otro, la satisfacción de determinados criterios de justicia y equidad (corrección material de la decisión). Esta dimensión implica un elemento valorativo o axiológico<sup>31</sup>. Así entendido, el concepto de certeza jurídica establece una conexión interna (es decir, desde el punto de vista del participante) entre el Derecho y la Moral en el nivel de aplicación<sup>32</sup>.

En cuanto a su justificación, esta expectativa de certeza jurídica no debe ser entendida como el resultado de un estudio empírico; «es un fenómeno cultural» propio de la forma de vida occidental. Así, el concepto presentado más arriba «puede ser entendido como una reconstrucción de los elementos que están “ocultos” en las formas normales del pensamiento occidental. Esta reconstrucción explicita algo que está sólo implícito en nuestra práctica lingüística. En este sentido, la expectativa no es sólo una mera sugerencia conceptual, semántica o estipulativa de una definición. Es un asunto que está vinculado con nuestros juegos del lenguaje y, por ello,

---

<sup>26</sup> RR, pp. 26-27; RA, p. 191.

<sup>27</sup> «Sobre el Derecho y el Estado de Bienestar», *op. cit.*, p. 36.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> «Reasoning Judicial...», *op. cit.*, p. 650.

<sup>30</sup> «Derecho y Lenguaje», *op. cit.*, 17.

<sup>31</sup> RR, p. 27 y RA, pp. 191-192.

<sup>32</sup> «Sobre el Derecho y el Estado de Bienestar», *op. cit.*, p. 37.

con nuestras formas de pensar y, en última instancia, con nuestra existencia social»<sup>33</sup>. En tanto que reconstrucción racional, el concepto de certeza jurídica constituye un modelo ideal para el razonamiento jurídico. No es un concepto descriptivo de la actividad de los jueces, sino un baremo con el que medir la legitimidad de las interpretaciones jurídicas y criticarlas<sup>34</sup>.

Del grado de satisfacción de esta expectativa (racionalidad + razonabilidad) alcanzado por una decisión/interpretación jurídica –del que es síntoma el grado de aceptabilidad de la misma– depende su legitimidad<sup>35</sup> (y, por ende, la estabilidad del sistema social). El proceso de democratización en el que están inmersas las sociedades modernas trae consigo la quiebra del principio de autoridad o, más bien, su desplazamiento, en cuanto expediente de legitimación, de la institución a los argumentos, del fallo a la justificación, en definitiva, de la *Auctoritas* a la *Ratio*<sup>36</sup>. Es por ello responsabilidad de los Tribunales maximizar la expectativa de certeza jurídica en cada decisión, justificando éstas siguiendo el procedimiento establecido y con base en buenas razones (argumentos correctos)<sup>37</sup>. Este objetivo –cómo justificar las decisiones jurídicas en orden a satisfacer las exigencias de racionalidad y aceptabilidad– es el núcleo de la teoría de la argumentación jurídica de Aarnio<sup>38</sup>, que limita así su orientación al contexto de justificación y se configura como una teoría *débilmente* normativa a modo de «norma técnica» que establece qué requiere una justificación para satisfacer la expectativa de certeza jurídica (racionalidad y aceptabilidad)<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> RR, p. 27.

<sup>34</sup> «Sobre la racionalidad de la racionalidad...», *op. cit.*, pp. 11-12. «Derecho y Lenguaje», *op. cit.*, p. 18.

<sup>35</sup> «Sobre la racionalidad de la racionalidad...», *op. cit.*, p. 10; «La respuesta correcta única y el principio de...», *op. cit.*, p. 52.

<sup>36</sup> Vid. BERGHOLTZ, GUNNAR, «Ratio et Auctoritas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas», trad. Josep Aguiló, *Doxa*, núm. 8, 1990, pp. 75-76.

<sup>37</sup> «The Foundation of Legal...», *op. cit.*, p. 135; RR, p. 29; «Reasoning Judicial...», *op. cit.*, p. 646; «La respuesta correcta única y el principio de...», *op. cit.*, p. 53; RA, p. 192; «Jurisdiktion und demokratie», *op. cit.*, p. 145.

<sup>38</sup> En principio, la teoría de la argumentación jurídica de Aarnio va dirigida a la interpretación realizada por la dogmática jurídica, pero, no obstante las diferencias existentes (el juez está sometido a limitaciones de tiempo, conocimiento y se enfrenta a casos concretos, mientras que el científico lo hace, normalmente, a casos generales), el razonamiento que llevan a cabo tanto el juez, como el jurista, está sometido a las mismas condiciones epistémicas y es estructuralmente similar: «...todo lo que puede ser dicho de la estructura de la interpretación en la adjudicación puede aplicarse a la interpretación en la dogmática jurídica» («On Rational Acceptability...», *op. cit.*, p. 74); «...cuando aclaran el contenido del orden jurídico, el dogmático jurídico y el juez piensan de manera similar» (RR, pp. 43-51). Vid. RA, 188-189.

<sup>39</sup> RR, p. 58.

En fin, el proyecto de Aarnio para la teoría de la argumentación jurídica consiste en la reconstrucción del juego del lenguaje de la justificación jurídica o, mejor dicho, un *juego-modelo* («exemplary game») con el cual guardan cierto parecido de familia todos los procesos de argumentación desarrollados en la práctica jurídica<sup>40</sup>. La función de este juego idealizado es «mostrar de acuerdo con qué tipo de reglas debe jugarse si se pretende justificar una proposición interpretativa bajo los presupuestos del mismo»<sup>41</sup>, esto es, las reglas del razonamiento jurídico.

Podemos distinguir cinco elementos/reglas del juego (modelo) del lenguaje del razonamiento jurídico: (i) fuentes del derecho (institucionales)<sup>42</sup> o «reglas constitutivas de la interpretación jurídica»<sup>43</sup>; (ii) principios de la interpretación o «reglas regulativas de la interpretación jurídica»<sup>44</sup>; (iii) la idea de racionalidad, que implica tanto las «reglas de consistencia lógica (racionalidad-L)», como las «condiciones generales (principios y reglas) del discurso racional (racionalidad-D)»<sup>45</sup>; (iv) la idea de coherencia<sup>46</sup> o

---

<sup>40</sup> Cada proceso argumentativo presenta unas características diferentes y sería imposible reconstruir, pero, sobre todo, construir *ad futurum*, todos los juegos del lenguaje de la justificación jurídica posibles: «En las situaciones del día a día, la cuestión no será cómo se lleva a cabo la interpretación en general. El problema siempre tiene que ver con el contenido de un juego del lenguaje individual: ¿Qué argumentos debería utilizar, etc. ? Es decir, ¿cómo se justifican *esta-y-esta* concretas interpretaciones?» («Linguistic Philosophy and Legal Theory», *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979, p. 28).

<sup>41</sup> «Linguistic Philosophy and...», *op. cit.*, p. 30. En su temprana obra *On Legal Reasoning* (Turku, Annales Universitatis Turkuensis, 1977, p. 49) no sigue esta estrategia teórica y no habla de un solo juego del lenguaje («juego-modelo») de la argumentación jurídica, sino que hilvana la discusión a partir de cuatro juegos del lenguaje («típicos del razonamiento jurídico»: el lógico-deductivo, el analógico, el inductivo y el argumentativo, los cuales «representan diferentes aspectos del razonamiento jurídico».

<sup>42</sup> Aarnio distingue entre fuentes del derecho *institucionales* y *materiales*; las primeras se consideran fuentes en virtud de su autoridad o carácter institucional, las segundas, a diferencia de las primeras, por su contenido. Sólo las fuentes institucionales tienen carácter de «regla constitutiva de la interpretación jurídica», pero la realización del ideal de la certeza jurídica (racionalidad + razonabilidad) implica considerar también las fuentes materiales del derecho.

<sup>43</sup> *RR*, p. 141. *Vid.* AARNIO, AULIS. «On the Sources of Law», *Rechtstheorie*, núm. 15, 1984.

<sup>44</sup> «Todas estas reglas (las regulativas), tienen un parecido de familia entre sí. Típico de este parecido es que ninguna de estas reglas en *tanto tal* es una condición necesaria para que una interpretación sea justamente una interpretación jurídica. En este respecto, es imposible dar una definición general de una interpretación adecuada utilizando como criterio una regla de interpretación (...) Qué tipos de reglas procesales (regulativas) pertenecen al conjunto depende del paradigma de la época. Sin embargo, si todas las reglas procedimentales (reglas de inferencia) son reemplazadas (...) la actividad de investigación deja de ser una interpretación jurídica. En este sentido, al menos algunas reglas procesales de la interpretación son necesarias para el razonamiento jurídico auténtico» (*RR*, p. 141).

<sup>45</sup> *RR*, p. 254. *Vid.* nota a pie 19.

<sup>46</sup> Aarnio sostiene que el juego del lenguaje del razonamiento jurídico no opera con un concepto de «verdad por correspondencia», ya que los conceptos jurídicos no tienen referencia semántica. El

«reglas de coherencia»<sup>47</sup>; y, (v) valores y valoraciones/juicios de valor o «condiciones o reglas de razonabilidad». En este trabajo nos centraremos únicamente en los elementos tercero y quinto: la idea de racionalidad y las valoraciones y juicios de valor (elemento axiológico).

En cuanto a la idea de racionalidad, ya se ha apuntado que lo que he denominado como «colectivización del razonamiento jurídico» provocaba un desdoblamiento de la idea de racionalidad en dos dimensiones, una lógica y otra pragmática, que se proyectaba en la justificación jurídica en la distinción entre justificación interna (sujeta a las reglas de consistencia lógica) y justificación externa (tramo argumentativo o dialógico de la justificación). Pues bien, es esta última la que interesa a la teoría de la argumentación de Aarnio<sup>48</sup>.

La justificación externa se concibe como una suerte de diálogo hipotético en el que el intérprete presenta al auditorio o destinatario de la decisión/interpretación los argumentos en que se sustenta la misma y rebate los contraargumentos que se le opongan. Se trata de un ejercicio de *convicción*, no de persuasión, es decir, se busca la aceptabilidad (que implica aceptación bajo condiciones de racionalidad) y no la mera aceptación de hecho. Por ello define este diálogo en que consiste la justificación externa como «un procedimiento discursivo que sigue los principios del discurso (práctico) racional»<sup>49</sup>. Se hace depender así la racionalidad de la decisión/interpretación del seguimiento de las reglas de la argumentación racional o racionalidad-D<sup>50</sup>, esto es, la idea presenta una dimensión procedimental. Ahora bien, son necesarios algunos comentarios sobre tres aspectos de la particular concepción de la racionalidad discursiva de Aarnio:

(i) Justificación. Se trataría aquí de responder a la pregunta de por qué la racionalidad discursiva es un componente del juego del lenguaje del razonamiento jurídico. Lo cierto es que planteada en esos términos (como

---

esquema que rige en el razonamiento jurídico es el de aceptabilidad, donde la coherencia del material argumentativo juega un papel decisivo. *Vid.* para la cuestión de la correspondencia, coherencia y aceptabilidad *On Legal Reasoning*, *op. cit.*, p. 15; «Linguistic Philosophy and...», *op. cit.*, pp. 24-25, 39; «On Truth and the Acceptability of Interpretative Propositions», *Rechtstheorie*, Beiheft 2, 1981, pp. 33-51; «The Foundation...», *op. cit.*, p. 437; «Reasoning Judicial...», *op. cit.*, p. 644; *RA*, pp. 119, 218-220.

<sup>47</sup> AARNIO, AULIS/PECZENIK, ALEKSANDER, «*Suum Cuique Tribuere*. Some Reflections on Law, Freedom and Justice», *Ratio Iuris*, vol. 8, núm. 2, 1995, pp. 172-173.

<sup>48</sup> *RR*, p. 168.

<sup>49</sup> «On Rational Acceptability...», *op. cit.*, p. 76; *RR*, pp. 155, 163-165, 168 y 237; *RA*, pp. 201, 207.

<sup>50</sup> *Vid. RR*, pp. 254-262.

regla de un juego del lenguaje), no cabe sino lo que Alexy denomina una justificación *definitoria*<sup>51</sup>. Al igual que la expectativa de certeza jurídica, la racionalidad-D tal y como (sostiene Aarnio que) la concebimos «obedece a un momento histórico en el desarrollo de determinada cultura»<sup>52</sup>; sencillamente, «[l]as raíces de la racionalidad profunda se encuentran en nuestra cultura, es decir, en las formas como usamos este concepto en el lenguaje ordinario. Nuestra forma de vida está constituida de manera tal que esperamos que la gente se comporte racionalmente en sus relaciones recíprocas»<sup>53</sup>. En opinión de Aarnio es erróneo pensar que la idea de racionalidad discursiva tiene una base trascendental –algo así como «el contenido normativo de los presupuestos pragmáticos de la argumentación»<sup>54</sup>– que le confiere carácter universal y eterno.

(ii) Niveles de exigencia. ¿Cuándo han de entenderse satisfechas las exigencias de la argumentación racional? ¿Cuándo puede predicarse de una decisión/interpretación jurídica que ha sido racionalmente fundada? En opinión de Aarnio, un requisito del tipo del principio de la *ética discursiva* («U») <sup>55</sup> formulado por Habermas, constituye una exigencia muy fuerte y conduce a «una especie de moral universal» incompatible, como se verá más adelante, con las ideas relativistas del primero. La racionalidad-D constituiría más bien el marco de la discusión que crea la posibilidad de alcanzar un *compromiso equitativo*<sup>56</sup>. Éste se produce cuando «los intereses son comunes de una forma tal que, aun cuando ellos se realicen parcial-

---

<sup>51</sup> Una fundamentación tal supone analizar el sistema de reglas que define un juego de lenguaje (real o hipotético) y propone la aceptación del sistema de reglas así elaborado como criterio de fundamentación [TAJ, pp. 178 y ss; ALEXY, ROBERT, «Eine Theorie des praktischen Diskurses», en OELMÜLLER, WILLY (Hrsg.), *Normenbegründung und Normendurchsetzung. Materialien zur Normendiskussion*, Paderborn, varios editores, 1978, pp. 29 y ss].

<sup>52</sup> «On Rational Acceptability...», *op. cit.*, p. 81.

<sup>53</sup> RR, p. 251; «On Rational Acceptability...», *op. cit.*, p. 81; RA, pp. 212-213.

<sup>54</sup> Vid. HABERMAS, JÜRGEN, «Ética del Discurso. Notas sobre un programa de fundamentación», en ídem, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, trad. Ramón García Cotarelo, Barcelona, Península, 1985, pp. 57-134; ídem, «¿En qué consiste la "racionalidad" de una forma de vida?», en ídem, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Barcelona, Paidós/ICE-UAB, 1991, pp. 67-95; ídem, «Teorías de la verdad», trad. Manuel Jiménez Redondo, en NICOLÁS, JUAN ANTONIO, y FRÁPOLLI, MARÍA JOSÉ (eds.), *Teorías de la verdad en el siglo xx*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 543-596.

<sup>55</sup> «[U]nicamente pueden aspirar a la validez aquellas normas que consiguen (o pueden conseguir) la aprobación de todos los participantes en un discurso práctico» («Ética del discurso...», *op. cit.*, pp. 116-117; «¿En qué consiste la "racionalidad"...», *op. cit.*, p. 68.

<sup>56</sup> Esta idea la toma de Tugendhat. Vid. TUGENDHAT, ERNST, «Tres lecciones sobre problemas de la ética», en ídem, *Problemas de la Ética*, trad. Jorge Vigil, Barcelona, Crítica, 1998, pp. 122 y ss.



mente, siguen siendo favorables para cada cual». Ahora bien, la realización de un compromiso tal requiere que el mismo no traiga causa de la manipulación, la persuasión o la compulsión, para lo cual exige una serie de *condiciones restrictivas*, un procedimiento, que encuentra en las reglas del discurso práctico<sup>57</sup>.

(iii) Eficacia o rendimiento. Un comportamiento racional por parte de los participantes (observancia de las reglas del discurso práctico) no conduce *necesariamente al compromiso* (o, en el mejor de los casos, al consenso), lo cual no obsta para que dos o más respuestas estén *«igualmente bien fundadas*. O, inversamente: no es posible indicar un criterio objetivo o “la razón última” de acuerdo con la cual pudiera sostenerse que una de las propuestas de interpretación estaría mejor fundada que la otra»<sup>58</sup>. Esto no supone, sin embargo, el fracaso de la argumentación racional; el diálogo permite deshacer acuerdos aparentes (acuerdo lingüístico/desacuerdo material) y desacuerdos aparentes (desacuerdo lingüístico/acuerdo material), eliminar los prejuicios y la superficialidad en la discusión, así como identificar las divergencias existentes entre los participantes que impiden el acuerdo<sup>59</sup>.

El rendimiento limitado del discurso racional en la concepción de Aarnio obedece a que, según este autor, «un acuerdo suficiente relativo a los valores y juicios de valor es condición necesaria para el consenso»<sup>60</sup>. Esta idea apunta una conclusión importante: las cuestiones axiológicas no son susceptibles de «tratamiento» racional (o, en todo caso, lo son hasta cierto punto), y conecta con el segundo aspecto del juego del lenguaje del razonamiento jurídico del que nos ocupamos ahora: los valores y los juicios de valor.

En cuanto al elemento axiológico del razonamiento jurídico hay que distinguir, de un lado, entre valores (dimensión estructural) y las valoraciones o juicios de valor (dimensión funcional), que son el vehículo de los primeros, y, de otro lado, entre una perspectiva descriptiva y otra normativa del elemento axiológico en el razonamiento jurídico:

(i) Aarnio sostiene un «relativismo moderado» (o «convencionalista») en cuestiones valorativas basado en el concepto de «formas de vida»

<sup>57</sup> RR, p. 246; RA, p. 215.

<sup>58</sup> RR, pp. 246-247.

<sup>59</sup> RR, p. 271; «Democracia y discurso racional», en AARNIO, AULIS, *Derecho, Racionalidad y...*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>60</sup> «The Foundation of Legal...», *op. cit.*, p. 441.

de Wittgenstein. Es un relativismo «moderado» en la medida en que, para escapar de radicalismos subjetivistas («hay muchas “verdades”, aunque no tantas como hablantes»<sup>61</sup>) o nihilistas, deriva en planteamientos intersubjetivistas o comunitarios. En efecto, todas las personas pertenecen a una comunidad (lingüística)<sup>62</sup> y aprenden los valores y creencias compartidos por ésta (esto es, dadas *ex ante*)<sup>63</sup>: «En la práctica social, los sistemas de valores no son creados autónomamente por los individuos o por un grupo [...] [T]odo enunciado valorativo está conectado con una totalidad compleja de enunciados (...) Sin embargo, este nido no es arbitrario. En tanto un todo, está conectado con una cierta base, es decir, con la forma de vida. Esto significa que los sistemas de valores están “ligados a nuestra vida”, están conectados con nuestra práctica vital. Así también los criterios de valoraciones están enclavados fuera de nosotros»<sup>64</sup>.

Pero, en tanto que relativismo, coloca el límite del acuerdo racional intersubjetivo en la forma de vida compartida<sup>65</sup>, esto es, siguiendo a Wittgenstein<sup>66</sup>, sostiene que el paso de una forma de vida a otra es una cuestión de persuasión y no de convicción (racional), lo cual resulta en un «solipsismo cultural»<sup>67</sup> del que es imposible salir. Así, podemos concluir que la aceptabilidad por parte del auditorio escapa al ámbito de la justificación racional<sup>68</sup> y, con ella, la justificación última de la decisión/interpretación jurídica. De ahí la necesidad de un «acuerdo previo» suficiente del auditorio en materia axiológica (forma de vida compartida) para alcanzar el consenso racional.

(ii) Desde el punto de vista descriptivo, los juicios de valor pueden ingresar en el procedimiento interpretativo, por ejemplo, en la elección de las fuentes del derecho utilizadas, en la determinación de las semejanzas

<sup>61</sup> «Reasoning Judicial...», *op. cit.*, p. 644.

<sup>62</sup> AARNIO, AULIS, y PECZENIK, ALEKSANDER, «On Values. Universal or Relative?», *Ratio Iuris*, núm. 9, 1996, p. 323.

<sup>63</sup> «...no tengo mi imagen del mundo porque me haya convencido a mí mismo de que sea la correcta; ni tampoco porque esté convencido de su corrección. Por el contrario, se trata del trasfondo que me viene dado y sobre el que distingo lo verdadero de lo falso» (WITTGENSTEIN, LUDWIG, *Sobre la Certeza*, trad. Josep Lluís Prades y Vicent Raga, Barcelona, Gedisa, 1997, § 94, p. 15).

<sup>64</sup> *RR*, pp. 267-268.

<sup>65</sup> «Linguistic philosophy...», *op. cit.*, pp. 26 y ss; «The Foundation...», *op. cit.*, pp. 442-443; *RR*, pp. 272 y ss; *RA*, pp. 106 y ss.

<sup>66</sup> WITTGENSTEIN, LUDWIG, *Sobre la Certeza*, *op. cit.*, § 262 (p. 34) y § 612 (p. 81).

<sup>67</sup> *RA*, p. 108 (la expresión la toma Aarnio de Merrill y Jaakko Hintikka).

<sup>68</sup> «Linguistic Philosophy and...», *op. cit.*, pp. 36-37; «The Foundation of Legal...», *op. cit.*, p. 442; *RR*, p. 265.



relevantes en el razonamiento analógico, en la preferibilidad de las consecuencias en el razonamiento práctico (consecuencialista), o por la referencia directa a un valor o principio moral en la justificación de la decisión/interpretación<sup>69</sup>.

Por otro lado, lo que denominamos perspectiva prescriptiva o normativa, trae causa de la expectativa de certeza jurídica. El decisor jurídico debe, si quiere satisfacer dicha expectativa, considerar argumentos morales a fin de producir respuestas no sólo racionales o predecibles, sino también aceptables o razonables; y esto último depende del acervo axiológico del auditorio. Es por ello que denominé este aspecto del razonamiento jurídico como «condiciones o reglas de razonabilidad».

La cuestión es, en fin, cómo alcanzar la «mejor justificación posible»<sup>70</sup> (maximización de la expectativa de certeza jurídica) compatibilizando, por un lado, la idea de racionalidad y, por otro, el relativismo axiológico que puede dar lugar a auditorios valorativamente fragmentados e irreconciliables. Aarnio entiende que el criterio último de la interpretación es la «relevancia social» de la decisión en términos de aceptabilidad racional mayoritaria<sup>71</sup> y formula el siguiente principio regulativo del razonamiento jurídico: «Trata de alcanzar una solución y justificación tales para los casos difíciles ("hard cases") que la mayoría de los miembros que piensan racionalmente puedan aceptar»<sup>72</sup>. Este principio regulativo del razonamiento jurídico, «juega el mismo papel que la verdad en las ciencias empíricas»<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> «The Foundation...», *op. cit.*, p. 441; *RR*, p. 263; «On the Legitimacy of Law: A conceptual Point of View», *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, 1989, p. 208; «La respuesta correcta única y el principio...», *op. cit.*, p. 62.

<sup>70</sup> *RA*, p. 229.

<sup>71</sup> *RR*, p. 286.

<sup>72</sup> Esta es la última formulación que hasta ahora ha hecho Aarnio de este principio, en «La respuesta correcta única y el...», *op. cit.*, p. 67; *RA*, p. 231. Puede verse una proto-formulación en «On Truth and the Acceptability...», *op. cit.*, pp. 49-50: «La interpretación que es mayormente aceptada tiene una mayor relevancia social. En este sentido, la tarea de la dogmática jurídica es producir interpretaciones que garanticen el mayor grado de consenso posible, porque sobre la base de ese consenso es posible alcanzar soluciones firmes y no violentas en los problemas jurídicos de la sociedad (...) existen siempre opiniones "rivales" en la comunidad jurídica. Ninguna de las cuales es verdad en el sentido propio de la palabra, pero la interpretación que es aceptable para un mayor número de personas de la audiencia puede (y debe) ser preferida como interpretación del derecho válido frente a las demás». Donde se habla primero de la aceptabilidad racional como un «principio regulativo» propiamente es en «The Foundation of Legal...», *op. cit.*, pp. 440 y 444. También en «Sobre la racionalidad de la racionalidad...», *op. cit.*, p. 15; *RR*, p. 286; «On Rational Acceptability...», *op. cit.*, p. 83; «Das Regulative Prinzip...», *op. cit.*, p. 426.

<sup>73</sup> *RR*, p. 286.

No es, empero, ningún criterio de verdad o corrección; simplemente nos dice cómo han de justificarse las decisiones jurídicas para satisfacer en mayor medida la expectativa social de certeza jurídica, partiendo de la base de que no existe una (única) respuesta correcta *a priori*. Como dice Aarnio, «[l]a aceptabilidad por mayoría es lo máximo a lo que pueden aspirar, en su caso, tanto el juez como el teórico»<sup>74</sup>.

### 3. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

La idea que gobierna la teoría de Alexy es que la argumentación jurídica es una forma de discurso práctico y constituye un «caso especial» (*Sonderfall*) del discurso práctico general<sup>75</sup> sobre la base de los siguientes fundamentos: la argumentación jurídica es un discurso práctico porque consiste en una actividad lingüística cuyo objeto es determinar la corrección (pretensión de corrección) de enunciados normativos, esto es, prácticos (relativos a la permisón, prohibición y obligatoriedad de las conductas), pero constituye, asimismo, un caso especial del mismo porque está sujeto a condiciones de limitación, a saber, la ley, los precedentes, la dogmática jurídica y, en su caso, las reglas procesales<sup>76</sup>.

El punto de partida es la imposibilidad de deducir lógicamente las decisiones jurídicas de la subsunción de los hechos que hayan de tenerse por probados en el supuesto de hecho de una norma jurídica vigente. Esto obedece, básicamente, a la naturaleza del lenguaje jurídico, de un lado, y, de otro, a la estructura abierta de los principios.

(i) El lenguaje jurídico es un lenguaje natural (no formalizado) y presenta casos de ambigüedad, vaguedad y apertura valorativa, de modo

<sup>74</sup> RA, p. 231.

<sup>75</sup> TAJ, pp. 34, 39, 177, 206-213; «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa*, núm. 5, 1988, p. 149; «Problems of discursive rationality in law», en ARSP, Beiheft 42, 1990, pp. 174-179; «Juristische Interpretation», en ALEXY, ROBERT, *Recht, Vernunft und Diskurs*, op. cit., p. 88; «Jürgen Habermas' Theorie des Juristischen Diskurses», op. cit., p. 173; «La argumentación jurídica como discurso racional», en AA. VV., *La crisis del derecho y sus alternativas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 243-245 (hay versión inglesa «Legal Argumentation as Rational Discourse», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 2, IV serie, 1993, pp. 165-178); «La tesis del caso especial», op. cit.

<sup>76</sup> TAJ, pp. 206-207.

que podemos hablar de *espacios semánticos* («semantische Spielraum») de los enunciados jurídicos, cuya extensión corresponde a la de la duda acerca del significado de la expresión<sup>77</sup>. Es necesaria la elección de una de las distintas alternativas de significado, esto es, interpretar el derecho<sup>78</sup>. El resultado de la interpretación es una afirmación acerca de una de las alternativas de significado (sentido) del enunciado jurídico en cuestión («Interpretation-behauptung»), y, en tanto que afirmación, lleva vinculada una pretensión de corrección<sup>79</sup>, justificable sobre la base de argumentos. Esto hace buena la afirmación «interpretación es argumentación»<sup>80</sup> y, por otra parte, sitúa la teoría de la argumentación jurídica en el denominado contexto de justificación, único abierto «al control intersubjetivo y, por lo tanto, a la comprobación objetiva, haciendo así posible el uso público de la razón»<sup>81</sup>.

(ii) A diferencia de las reglas, que contienen *determinaciones*<sup>82</sup> (es decir, que, presupuesta su validez y determinado su contenido de significado, o se cumplen o no, en función de que éste se realice), los principios son normas que consisten en *mandatos de optimización*<sup>83</sup>. La realización de su contenido es una cuestión de grados cuya medida es dependiente de las posibilidades fácticas y jurídicas determinadas por los medios disponibles y por el contenido de los principios con los que un principio en cuestión puede entrar en colisión, respectivamente. Los principios implican la necesidad de ponderación<sup>84</sup>, operación para la cual propone Alexy un sistema de tres expedientes de racionalización<sup>85</sup>: (i) establecimiento de prece-

<sup>77</sup> ALEXY, ROBERT, «Die Logische Analyse juristischer Entscheidungen», en *ídem*, *Recht, Vernunft und Diskurs*, op. cit., p. 24.

<sup>78</sup> «Juristische Interpretation», op. cit., p. 73.

<sup>79</sup> *Ídem*, p. 77.

<sup>80</sup> *Ídem*, p. 78.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 87; «Rechtsregeln und Rechtsprinzipien», *ARSP*, Beiheft 25, 1985, p. 20.

<sup>83</sup> *Vid.* el temprano «Zum Begriff des Rechtsprinzips», *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979 (se cita por la versión incluida en *Recht, Vernunft und Diskurs*, op. cit., p. 203); *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 86; «Rechtsregeln und Rechtsprinzipien», op. cit., p. 19; «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», op. cit., p. 143.

<sup>84</sup> «Sistema jurídico y razón práctica», en ALEXY, ROBERT, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., p. 172; «Sistema jurídico, principios jurídicos y...», op. cit., p. 147; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 111-112.

<sup>85</sup> «Rechtsregeln und Rechtsprinzipien», op. cit., pp. 25-28; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 90-94, 111-113, 161; «Sistema jurídico y razón práctica», op. cit., pp. 171-172; «Sistema jurídico, principios jurídicos y...», op. cit., pp. 146-148.

dencias *prima facie* entre principios, que no supondrían una jerarquía definitiva entre ellos, sino que impondrían cargas de la argumentación a quien pretenda invertir el orden; (ii) una estructura o «ley de ponderación», que reza: «cuanto mayor sea el grado de no realización o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro»; y (iii) condiciones de preferencia, que establecerían, consideradas las circunstancias del caso, cuál de los principios en colisión (de igual rango en abstracto) tiene mayor peso argumentativo, posibilitando así determinar una serie de relaciones de preferencia entre principios del mismo rango condicionadas a la concurrencia de dichas circunstancias o condiciones, de donde puede derivarse la siguiente «ley de colisión»: «Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente». No obstante, este sistema no conduce a un resultado definitivo, únicamente dice «qué es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado de la ponderación; se trata de enunciados acerca de los grados de afectación e importancia»<sup>86</sup>. Tal y como ha sido definida aquí, la ponderación de los principios en colisión deja todavía margen a valoraciones cuyo control racional escapa al propio procedimiento de ponderación<sup>87</sup>. Estos déficit de racionalidad de la ley de la ponderación requieren el complemento de una teoría de la argumentación jurídica racional de mayor alcance<sup>88</sup>.

En fin, tanto la interpretación de los enunciados normativos, como la ponderación de los principios, que, en tanto enunciados normativos, han de ser previamente interpretados, conceden al intérprete jurídico un margen de decisión en la base del cual hay una *valoración* con relevancia moral. Ahora bien, dicho margen únicamente traería consigo la discreción judicial si no fuera posible la objetivación de esas valoraciones<sup>89</sup>. Puede decirse, desde el punto de vista de la justificación externa (puesto que la interna es una justificación *ex post*<sup>90</sup>), que, junto a las normas jurídicas positivas y a los

<sup>86</sup> *Teoría de los Derechos...*, op. cit., p. 164, y ALEXY, ROBERT, «Derechos individuales y bienes colectivos», en ídem, *El concepto y validez del derecho*, op. cit., p. 206.

<sup>87</sup> *Teoría de los Derechos...*, op. cit., pp. 166 y 525.

<sup>88</sup> *Teoría de los Derechos...*, op. cit., p. 167; «Sistema jurídico, principios jurídicos...», op. cit., 148; «Rechtsregeln und Rechtsprinzipien», op. cit., p. 29.

<sup>89</sup> *TAJ*, p. 30.

<sup>90</sup> «Die logische Analyse...», op. cit., p. 17.

enunciados empíricos (hechos), hay otro tipo de premisas cuya fundamentación es objeto de la argumentación jurídica<sup>91</sup>.

Alexy entiende que la fundamentación racional de las cuestiones prácticas no puede venir de teorías morales *materiales* de las que se pueda extraer para cada cuestión una respuesta «con seguridad intersubjetivamente concluyente», sino de teorías *procedimentales*, que establecen reglas de la argumentación o decisión práctica racional («un enunciado normativo es correcto o (...) verdadero cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento»<sup>92</sup>). Alexy opta por una teoría procedimental de corte kantiano (en contraposición a las teorías procedimentales hobbesianas)<sup>93</sup>: la teoría del discurso práctico racional<sup>94</sup>, cuyo basamento (moral) lo constituyen las ideas de universalidad y la autonomía en la argumentación y, por ende, el concepto de imparcialidad. Es, pues, una idea esencialmente liberal<sup>95</sup>. Veamos ahora algunos aspectos concretos de la concepción de la racionalidad procedimental de Alexy:

(i) Justificación. Alexy mantiene una visión universalista de la razón práctica (en su versión teórico discursiva) sobre la base de un argumento constituido por tres partes<sup>96</sup>: a) el argumento pragmático trascendental: las reglas del discurso son condición necesaria para participar en la «forma de vida más universal de la persona» que es el acto lingüístico de la aserción, con el cual se formula una pretensión de verdad o corrección de la que nace, por tanto, un deber argumentativo de fundamentación («la manifestación de una aseveración significa ingresar en el ámbito de la argumen-

<sup>91</sup> TAJ, p. 222.

<sup>92</sup> ALEXY, ROBERT, «La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica», en *ídem*, *Derecho y razón práctica*, trad. Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 1993, p. 60; AARNIO, AULIS/ALEXY, ROBERT/PECZENICK, ALEXANDER, «The Foundation...», *op. cit.*, p. 261; «Diskurstheorie und Menschenrechte», *op. cit.*, p. 129.

<sup>93</sup> «El procedimiento de las teorías contractualistas es un procedimiento de negociación; el de la teoría del discurso, un proceso de argumentación. En el centro de la teoría contractualista se encuentra el concepto de la decisión racional. Esta es definida a través de la idea de la maximización de utilidades. El concepto núcleo de la teoría del discurso es el concepto de juicio racional. Éste es definido a través del concepto de fundamentación racional o argumentación» («Una concepción teórico discursiva de la razón práctica», en ALEXY, ROBERT, *El concepto y validez del Derecho*, *op. cit.*, p. 136).

<sup>94</sup> Para una exposición detallada de las reglas del discurso práctico racional, *vid.* TAJ, pp. 185 y ss.; «Eine Theorie des praktischen...», *op. cit.*, pp. 36 y ss. Una versión resumida en *Idee und Struktur...*, *op. cit.*, pp. 30 y ss.; ATIENZA, MANUEL, *Las razones del derecho...*, *op. cit.*, pp. 185-191.

<sup>95</sup> «Una concepción teórico discursiva...», *op. cit.*, p. 135; «Diskurstheorie und Menschenrechte», *op. cit.*, p. 132.

<sup>96</sup> «Una concepción teórico discursiva...», *op. cit.*, pp. 143 y ss.; «Diskurstheorie und Menschenrechte», *op. cit.*, pp. 132 y ss.; «Postfacio: Respuesta a algunos críticos», en TAJ, pp. 291 y ss.

tación»). Este punto de partida («forma de vida más universal de la persona») tiene una virtud: la generalidad, pero también un defecto: la debilidad del argumento trascendental<sup>97</sup>; para tomar parte en la forma de vida más general es suficiente con fundamentar las propias aserciones en algún momento y respecto a cualquier cosa, pero no siempre frente a quienes lo exijan: «Del hecho de que alguien tenga la capacidad de solucionar argumentativamente los conflictos no se infiere que tenga que hacer uso de esta capacidad en cada conflicto de intereses frente a cada afectado»<sup>98</sup>. Esto viene a decir que el argumento trascendental vale sólo para aquéllos que tienen interés en la corrección. La segunda y tercera parte del argumento intentan demostrar que también para aquellos que no lo tienen rigen las reglas del discurso; b) el argumento de la maximización individual de utilidades: aquéllos que no tienen interés en la corrección, sino únicamente en la maximización individual de utilidad, deben someterse a las reglas del discurso incluso desde un punto de vista estratégico en virtud de c) el argumento empírico<sup>99</sup> de la existencia de un gran número de personas con interés en la corrección: la seria consideración de esta premisa llevaría al poderoso a intentar legitimar su dominación por razones meramente pruden-

<sup>97</sup> El propio Alexy habla de «una versión muy débil del argumento pragmático-trascendental» («Una concepción teórico-discursiva...», *op. cit.*, p. 143). Como apunta Gril, la tesis de Alexy, en cuanto renuncia a una versión fuerte del argumento pragmático trascendental tipo Habermas –basado en que el telos del lenguaje es la comunicación orientada al entendimiento–, expulsa de su instrumental argumentativo la tesis de la contradicción performativa del escéptico y abre la puerta a la posibilidad –dice Gril– de un «concepto de aserción que no contenga los componentes de significado, anclados en la pragmática, de universalidad y autonomía», esto es, al concepto de aserción tal y como lo entendemos (GRIL, PETER, «Alexys Version einer transzendental-pragmatischen Begründung der Diskursregeln im Unterschied zu Habermas», *ARSP*, núm. 83, 1997, p. 213). En este escenario tiene sentido la tesis de Rüssmann de que la fundamentación de las afirmaciones implica la adopción (y esto es cuestión de decisión) de un postulado general de racionalidad, en la medida en que la pretensión de corrección de las afirmaciones no es inherente al lenguaje, sino que se hace depender del interés en la corrección de las personas (RÜSSMANN, HELMUT, *Recensión a Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des praktischen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Rechtstheorie*, núm. 10, 1979, p. 112).

<sup>98</sup> «Una concepción teórico-discursiva...», *op. cit.*, p. 148.

<sup>99</sup> Se puede criticar el argumento de Alexy desde varios flancos: (i) al depender en última instancia de una premisa empírica, tiene un fundamento último empírico (ATIENZA, MANUEL, *Las razones del Derecho...*, *op. cit.*, p. 142); (ii) la relación entre reglas (condición necesaria para la realización de las aserciones) y aserción (punto de partida del argumento trascendental) no es trascendental, sino práctica, de adecuación medios-fines: para aquellos que quieran participar en la forma de vida más universal, bien por interés en la corrección, bien por razones estratégicas, rigen las reglas del discurso (GRIL, PETER, «Alexys Version einer...», *op. cit.*, pp. 210-211); (iii) contraejemplos a la tercera premisa tales que, por ejemplo, quien no tiene interés en el largo plazo, en la legitimación del ejercicio del poder o los fanáticos (*idem*, *op. cit.*, pp. 214-215).

ciales («Una legitimación es más económica y segura a largo plazo»<sup>100</sup>). Para el planteamiento de Alexy no es relevante que la participación en el discurso resulte de motivos estratégicos; lo esencial es la validez objetiva de las reglas del discurso. El plano subjetivo, esto es, el de la motivación interna, que sólo se dará cuando existe interés en la corrección, no es constitutivo en la fundamentación.

(ii) Eficacia o rendimiento: en efecto, la teoría del discurso «está caracterizada por el hecho de que las convicciones fácticas y normativas de los individuos pueden ser modificadas en virtud de los argumentos presentados en el *curso del procedimiento*»<sup>101</sup>, es decir, que la forma de vida no constituye una barrera infranqueable para la *convicción* por medio de la argumentación (racional). No obstante esto, no es garantizable (ni tampoco puede excluirse tal posibilidad), siquiera en las condiciones de un discurso ideal, la obtención de un consenso para todas las cuestiones prácticas<sup>102</sup>. Y, en la medida en que la teoría del discurso tiene como base «una concepción *absolutamente procedimental de la corrección*»<sup>103</sup> (es decir, «no es el consenso, sino la realización del procedimiento conforme a las reglas del discurso, propiamente el criterio de corrección de la teoría del discurso»<sup>104</sup>), pueden resultar de un procedimiento discursivo dos (o más) respuestas correctas, incluso contradictorias y excluyentes entre sí (esto es N y ¬N). Es decir, lo que Alexy denomina «*posibilidad discursiva*» (constituyen esta posibilidad discursiva el conjunto de las proposiciones normativas susceptibles de corrección discursiva) es mayor a uno. En este sentido, es contrario a la tesis ontológica de la unidad de respuesta correcta (racionalidad no es sinónimo de certeza)<sup>105</sup>. Por otro lado, «algunos juicios de valor y de deber, así como algunas reglas, son exigidas o excluidas necesariamente por las reglas del discurso [...] En este sentido es posible hablar de “*imposibilidad discursiva*” o bien de “*necesidad discursiva*”»<sup>106</sup>. Tanto en un caso como en otro estaríamos hablando de proposiciones normativas o reglas

<sup>100</sup> «Diskurstheorie und...», *op. cit.*, p. 142.

<sup>101</sup> «La idea de una teoría procesal...», *op. cit.*, pp. 61-63; *Probleme der...*, *op. cit.*, pp. 82-83.

<sup>102</sup> «Respuesta a...», *op. cit.*, p. 301; *Probleme der...*, *op. cit.*, p. 85; ALEXY, ROBERT, «Law, Discourse and Time», *ARSP*, Beiheft 64, 1995, p. 108.

<sup>103</sup> «Respuesta a...», *op. cit.*, p. 303; «Sistema jurídico, principios jurídicos...», *op. cit.*, p. 151; *Idee und Struktur...*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>104</sup> *Probleme der...*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>105</sup> Ídem, p. 90.

<sup>106</sup> *TAJ*, p. 202; *Idee und Struktur...*, *op. cit.*, p. 34; «La idea de una teoría procesal...», *op. cit.*, pp. 65-66.

que estarían excluidas de lo que podemos denominar *ámbito de revisión*, bien porque son, siempre y en todo caso, imposibles o necesarias, respectivamente. Pero queda una última cuestión: el carácter formal de las reglas del discurso. La observancia de éstas no garantiza la corrección material de los argumentos más allá de las condiciones básicas de racionalidad que imponen algunas de estas reglas y, sobre todo, no explica por qué los participantes modifican sus convicciones normativas en el transcurso del procedimiento. La respuesta a estas preguntas viene dada por una presupuesta *capacidad de juicio* («Urteilsvermögen») en los participantes, en las personas tal y como existen en la realidad, de modo que son capaces de distinguir las buenas de las malas razones <sup>107</sup>.

El procedimiento discursivo, pues, no proporciona un criterio final para decidir qué respuesta de entre las discursivamente posibles debe ser la definitiva («problema de conocimiento o contenido» <sup>108</sup>). Por eso dice Alexy que, para mostrar todo su valor práctico, hay que vincular la teoría del discurso a una teoría del Estado y del derecho <sup>109</sup> (concretamente, una teoría del Estado constitucional y democrático <sup>110</sup>). Y dice más: entre ésta y aquélla se da una relación de recíproca necesidad conceptual <sup>111</sup>. Sin embargo, para lo que aquí interesa, me limitaré a apuntar que el Derecho se constituye como un sistema de cuatro niveles de procedimiento: (i) discurso práctico general; (ii) procedimiento legislativo; (iii) argumentación jurídica; y (iv) proceso judicial, dos de los cuales, el primero y el tercero, son discursos ideales, mientras que los otros dos, a saber, el segundo y el cuarto, son procedimientos institucionalizados, entendiendo por tal un procedimiento «regulado por normas jurídicas de tal forma que garantiza la producción de un resultado definitivo jurídicamente vinculante». En los procedimientos institucionales no sólo se argumenta, sino que también se decide, esto es, se alcanza una respuesta definitiva discriminando entre lo discursivamente posible en un procedimiento no institucional. Así, sólo puede hablarse de unidad de respuesta correcta en sentido institucional.

<sup>107</sup> *Probleme der...*, op. cit., p. 89; «Una concepción teórico-discursiva...», op. cit., p. 139.

<sup>108</sup> «Diskurstheorie und...», op. cit., p. 144; «Una concepción teórico-discursiva...», op. cit., p. 150.

<sup>109</sup> TAJ, p. 202; «La idea de una teoría...», op. cit., p. 69; «Respuesta a...», op. cit., p. 304; *Teoría de los Derechos...*, op. cit., p. 531; *Idee und Struktur...*, op. cit., p. 36; «Una concepción teórico-discursiva...», op. cit., p. 151; «La argumentación jurídica...», op. cit., p. 235.

<sup>110</sup> «Una concepción teórico-discursiva...», op. cit., pp. 156-157.

<sup>111</sup> Una teoría del derecho tal «no es una mera aplicación de la teoría del discurso, sino que por razones teóricas internas, su desarrollo es necesario. La teoría del discurso no se entiende sin una teoría del sistema jurídico y ésta sin aquélla» (*Idee und Struktur...*, op. cit., p. 36).



Esto no significa, sin embargo, una renuncia a la razón pues, tanto las reglas que rigen estos procesos, como los resultados a que dan lugar tienen su fundamento en los otros procedimientos no institucionalizados (ideales) <sup>112</sup>. Como se ha dicho, «en cierto modo la versión de Alexy vendría a retrasar el inevitable momento de la discreción judicial que propugnara el positivismo. Según el positivismo, la discreción comenzaría donde se agotaran los materiales normativos positivos y en el modelo de Alexy la discreción se desarrollaría donde los materiales normativos y morales no fueran suficientes para discriminar entre las distintas respuestas correctas» <sup>113</sup>.

Queda, finalmente, establecer en qué sentido puede decirse que el discurso jurídico está intervenido por el razonamiento práctico (esto es, por argumentos prácticos: morales, consecuencialistas,...). La tesis de Alexy es que la argumentación jurídica *es* (tesis descriptiva) un caso especial del discurso práctico general por las razones anteriormente aducidas (tiene por objeto cuestiones prácticas que son tratadas desde el punto de vista de la pretensión de corrección pero está sujeta a una serie de restricciones institucionales: ley, precedente, dogmática y proceso judicial). En su versión descriptiva, la tesis del caso especial no haría sino reproducir algo que, en teoría, está implícito en la argumentación jurídica. El autor alemán ve indicios que confirman esta tesis en: (i) que la incorporación de los contenidos del derecho racional moderno (derechos fundamentales, principio de Democracia, Estado de derecho y Estado social) a las actuales constituciones occidentales abre la discusión jurídica a la moral y, al mismo tiempo, define un procedimiento argumentativo basado en la realización de esos principios, que también constituyen el substrato moral de la teoría del discurso (ideales liberales de autonomía y universalidad) <sup>114</sup>; (ii) la posibilidad de interpretaciones sustentadas en el peso argumentativo de razones materiales frente a las institucionales, ya que es la teoría del discurso la que define «las condiciones en las que la fuerza del mejor argumento puede desarrollarse también en la argumentación jurídica. Estas condiciones son las de discurso racional, imparcial y abierto» <sup>115</sup>; (iii) la coincidencia estructural de las

<sup>112</sup> «La idea de una teoría procesal...», *op. cit.*, pp. 70 y ss. *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, pp. 531-532; *Idee und Struktur...*, *op. cit.*, pp. 36-39.

<sup>113</sup> GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 360.

<sup>114</sup> «Rechtsregeln und Rechtsprinzipien», *op. cit.*, p. 22.

<sup>115</sup> «La argumentación jurídica como...», *op. cit.*, pp. 243-245; «Law, Discourse...», *op. cit.*, pp. 108-110.

reglas del discurso jurídico y las del discurso práctico<sup>116</sup>; y (iv) la necesidad de argumentos prácticos generales en la argumentación jurídica<sup>117</sup>.

No obstante, esta tesis es fácilmente rebatible con el argumento de la ley injusta. En principio, la pretensión de corrección de la argumentación jurídica «a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones normativas en cuestión sean sin más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas»<sup>118</sup>. Pero si el marco jurídico es injusto —dice Neumann—, la racionalidad de la argumentación jurídica «no es que sea algo menos, sino algo cualitativamente diferente a la racionalidad material de una decisión tomada en un discurso práctico racional»<sup>119</sup>, algo muy lejano a la idea de corrección/racionalidad práctica. Alexy responde que la pretensión de corrección se refiere a una doble dimensión: por un lado a la corrección «en el marco del orden jurídico válido», y, por otro, a la corrección «en cuanto decisiones jurídicas». Hay que distinguir entonces entre validez y corrección. Una decisión jurídica que aplica un ley injusta es una decisión válida, pero no correcta, «padece un defecto». En estos casos, «el lugar del discurso jurídico en el campo de aplicación de esta ley se contrae ciertamente hasta ser nulo. Sin embargo, no se rompe la conexión entre la racionalidad discursiva y el Derecho. La racionalidad discursiva no puede ciertamente determinar ya el contenido de la decisión, pero conforma la razón para su incorrección, y la medida para su crítica»<sup>120</sup>. En opinión de Atienza (a la que me adhiero), esto no constituye un argumento en favor de la tesis del caso especial. Una cosa es sostener que la argumentación jurídica es un supuesto especial de la argumentación práctica racional y otra, muy distinta, afirmar que la racionalidad discursiva es un criterio de valoración del discurso jurídico o el propio Derecho. Si la tesis de Alexy se reduce a esto último, su contenido es trivial, pero si, como parece, hay que interpretarla en el primer sentido, es falsa en los supuestos de aplicación de leyes injustas, en los que, o bien se incumple el requisito de la validez (y no se estará decidiendo en el marco del derecho vigente), o se incumple el requisito de la corrección (con lo que la decisión no es correcta/racional

---

<sup>116</sup> Vid. TAJ, pp. 276-277.

<sup>117</sup> TAJ, pp. 271-272.

<sup>118</sup> Ídem, p. 213.

<sup>119</sup> NEUMANN, ULFRID, *Juristische Argumentationslehre*, op. cit., p. 90.

<sup>120</sup> Ídem, pp. 316-317.

discursivamente). La conclusión es que la tesis del caso especial sólo es válida si se presupone la justicia (corrección discursiva) del Derecho positivo <sup>121</sup>. En mi opinión, esta controversia pone de manifiesto que la tesis del caso especial tiene una dimensión normativa (que Alexy probablemente no estaría dispuesto a reconocer) que conecta argumentación jurídica y discurso práctico, vinculando así (en sentido prescriptivo) el nivel aplicativo del derecho y los presupuestos morales de la teoría del discurso.

#### 4. AARNIO VS. ALEXY. UNA APROXIMACIÓN COMPARATIVA

Hemos llegado ya al punto, después de este breve recorrido por las teorías de Aarnio y Alexy, en el que es posible establecer las diferencias a que los presupuestos subyacentes a cada teoría conducen respecto de los dos aspectos anteriormente señalados de los modelos argumentativos: la concepción de la racionalidad (procedimental) y de la tesis del caso especial.

En cuanto a la primera cuestión, los dos autores coinciden en señalar que la consistencia lógica es condición necesaria, pero no suficiente del mismo. Comparten un concepto amplio de racionalidad en el que la lógica y el procedimiento discursivo se complementan. No obstante, no comparten la misma concepción de la idea de racionalidad. De entrada, difieren radicalmente en la fundamentación de la idea discursiva de racionalidad: para Aarnio ésta es una entre otras posibles de racionalidad y obedece (y está justificada, en la medida en que una reconstrucción de algo que está latente o «profundamente oculto» en los juegos del lenguaje de una forma de vida/comunidad es una justificación) a un momento histórico en el desarrollo de una cultura determinada. En cambio, Alexy mantiene una visión universalista de la validez de la racionalidad discursiva y de los resultados a que pueda conducir. De este modo, hay división en cuanto a la justificación –cultural o trascendental– y, por ende, al alcance –relativo o universal <sup>122</sup>– del discurso práctico como expediente garante de la racionalidad.

<sup>121</sup> ATIENZA, MANUEL, *Las razones del Derecho...*, op. cit., p. 225.

<sup>122</sup> El alcance universal que atribuye Alexy al procedimiento discursivo le ha valido a éste para recibir (no sin cierta razón) la acusación de etnocentrismo e, incluso, iusnaturalismo. En palabras de Eric Hilgendorf: «¡Las reglas de razón formulan (...) la única moral correcta, no sólo para los europeos medios, sino también para los esquimales, los habitantes de África central y los aborígenes! Otras convicciones morales que las contradigan no es que no sean justificables, es que son *necesariamente* falsas. Esas son pretensiones extraordinariamente fuertes que justifican hablar en Alexy de un

Un segundo punto de distanciamiento, por cierto de mayor relevancia para el razonamiento jurídico, lo constituye lo que puede denominarse rendimiento o eficiencia del discurso práctico. Entiendo por tales la capacidad de generar consenso que se atribuye a un discurso práctico, cuestión que depende, en última instancia de la posibilidad de que en un diálogo en condiciones ideales, puedan ser modificadas las convicciones normativas de los participantes. Dicha modificación sería, pues, resultado de la «coacción no coactiva del mejor argumento» y obedecería, por tanto, a una motivación racional. En fin, la cuestión es si cabe la discusión racional sobre las formas de vida. En torno a esta cuestión, Aarnio y Alexy sostienen tesis distintas a las que se ha denominado *desfalleciente* y *resistente*, respectivamente<sup>123</sup>.

La postura (desfalleciente) de Aarnio se sustenta en la tesis de Wittgenstein de que el paso de una forma de vida a otra es cuestión de persuasión y no de convicción (racional). La forma de vida constituye, pues, el límite de la discusión racional. Cabe, por otro lado, que no se comparta la misma forma de vida, pero sí algunos aspectos o fragmentos de la misma de modo que resulten dos imágenes del mundo («Weltbild») con un alto grado de parecido de familia. Estos conjuntos de creencias comunes tendrían repercusión más bien en el plano del entendimiento (un grado mínimo de creencias compartidas es necesario para que éste sea posible) que en el de la convicción mediante argumentos. Alexy, por el contrario, representa la posición resistente al argumento de las formas de vida. Si bien apunta que no estamos en condiciones de pronosticar que un discurso ideal garantizaría un consenso acerca de las cuestiones prácticas, sean cuales sean las diferencias antropológicas de los participantes, sí afirma que el discurso puede modificar racionalmente<sup>124</sup> —aunque no tiene que hacerlo necesariamente— las convicciones normativas de los participantes. Así, de haber un medio de alcanzar el consenso (racional), éste es el discurso racional.

Creo que en este nivel de abstracción, queda desdibujada la relevancia que tienen estas teorías para el razonamiento jurídico. De lo que se trata aquí es de analizar hasta qué punto es justificable racionalmente el elemen-

---

Derecho Natural teñido lingüísticamente» (HILGENDORF, ERIC, «Zur transzendentalpragmatischen Begründung von Diskursregeln», *Rechtstheorie*, núm. 27, 1995, pp. 198-199).

<sup>123</sup> Tomo prestadas las expresiones de CALVO GONZÁLEZ, JOSÉ, *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Un modelo de juego intertextual para el Derecho*, Barcelona, Ariel, 1992, p. 99.

<sup>124</sup> AARNIO, AULIS/ALEXY, ROBERT/PECZENICK, ALEKSANDER, «The Foundation...», *op. cit.*, 279.



to valorativo ineludible en las decisiones jurídicas. Éste se ha localizado en sede de justificación externa, donde la justificación de las premisas es un proceso complejo en el que, junto a los materiales jurídicos, intervienen juicios (esencialmente) morales, prácticos, etcétera. El proceso de justificación externa está estructurado como un (hipotético) diálogo, en el que los participantes intentan justificar sus alternativas de interpretación con base en argumentos. Si los participantes no comparten la misma forma de vida, ¿es posible el consenso racional? ¿Es posible convencer a la audiencia mediante el uso de argumentos? Para dar una respuesta afirmativa a esta pregunta sería necesario responder en el mismo sentido a aquélla otra relativa a la posibilidad de modificación de las convicciones normativas de los participantes. Que un participante modifique sus convicciones normativas implica trascender la propia forma de vida y adoptar una posición crítica respecto a aquélla para acabar abandonándola y abrazar una nueva que resulta justificada en el curso de la argumentación. Creo, sin embargo, que para el razonamiento jurídico (y también para el práctico en general) resulta mucho más prometedor afrontar esta cuestión desde un punto de vista pragmatista, esto es, no centrando la discusión en las formas de vida como sinónimos de unidades culturales cerradas e impermeables, sino en creencias o conjuntos de creencias individualizados <sup>125</sup>. En efecto, la imagen del mundo (dimensión proposicional de la forma de vida) es un conjunto de enunciados que, ni forma un todo completamente coherente, ni es estático. Hay enunciados o subsistemas de enunciados (creencias) más importantes que otros en la imagen del mundo y sustentan en mayor medida que los otros a ésta. La modificación de las convicciones de los participantes no constituiría una cuestión de pertenencia a una determinada forma de vida, sino de grados de dificultad <sup>126</sup>. Es decir, habrá creencias o convicciones

---

<sup>125</sup> Refiriéndose a los pragmatistas, dice Rorty: «...no albergamos ningún escepticismo *generalizado* sobre otras mentes o culturas, o sobre el mundo exterior, sino sólo un escepticismo detallado sobre esta o aquella creencia o grupo de creencias» (RORTY, RICHARD, «La indagación intelectual como recontextualización: una explicación antidualista de la interpretación», en ídem, *Objetividad, realismo y verdad. Escritos filosóficos I*, trad. Jorge Vigil Rubio, Barcelona, Paidós, 1996, pág. 136).

<sup>126</sup> Rorty distingue, siguiendo a Dewey, entre «hábito» e «indagación». «Esta distinción es, como todas las de Dewey, una distinción de grados. En un extremo del espectro se encuentran las situaciones en las que se precisa un mínimo retejido —como cuando uno mueve la mano izquierda para coger el tenedor, tiene la creencia de que no está allí sino al otro lado del plato, y mueve entonces la mano derecha—. El retejido que comporta asimilar la creencia nueva “el tenedor está en el lado incorrecto” suele ser demasiado mínima para merecer el nombre de “indagación”. Pero en ocasiones, en situaciones especiales, la adquisición de esa creencia provoca el tipo de retejido a gran escala, consciente y deliberado que sí merece ese nombre [...] A medida que nos desplazamos a lo largo del espec-

*centrales* de una forma de vida (en el sentido de que atraviesan y sostienen una enorme cantidad de fragmentos de la imagen del mundo) muy difíciles de mudar porque su modificación requiere un gran ejercicio de retejido del resto de las creencias o, como dice Rorty, «recontextualización». Sin embargo, si lo que se discute tiene una relevancia relativa o menor en la consistencia interna de la forma de vida, la posibilidad de modificar mediante razones ese aspecto particular de la imagen del mundo que no afecta sustancialmente la totalidad, podría estar abierta. En las discusiones jurídicas pueden verse involucradas valoraciones de todo tipo que responden a creencias más o menos esenciales y pienso que no puede establecerse definitivamente una distinción entre los asuntos en los que intervengan un tipo u otro de creencias. Por supuesto, es más probable que sea a nivel de un debate constitucional donde las creencias básicas de una forma de vida acerca del valor de la vida, la religión o la tolerancia de otros valores como valor en sí mismo, entren en colisión irresoluble racionalmente con otras formas de vida. Sin embargo, también están en la base de muchos conflictos menores, por lo que no puede excluirse la colisión entre formas de vida de ningún ámbito del sistema jurídico. Pero, en fin, tanto el argumento wittgensteiniano de las formas de vida, como el pragmatista que sostiene que la modificación de las creencias es una cuestión de grados de dificultad, están basados en conceptos heurísticamente muy valiosos, pero descriptivos. A lo único que nos lleva es a explicar *a posteriori* un desacuerdo o, más bien, sería el propio desacuerdo el que pondría de manifiesto la pertenencia de los participantes a diferentes formas de vida o la *centralidad* de una creencia o conjunto de creencias, pero no aporta un criterio suficiente para establecer *a priori* la existencia de varias formas de vida, su identificación, esto es, cuándo (y cuándo no) es posible el consenso.

No obstante, las posturas desfalleciente (Aarnio) y resistente (Alexy) definen dos concepciones distintas del procedimiento y de la racionalidad discursiva. En su artículo *La noción de procedimiento en la teoría de la*

---

tro desde el hábito a la indagación —desde la revisión instintiva de intenciones mediante el cálculo rutinario a la ciencia o la política revolucionaria— aumenta el número de creencias añadidas o sustraídas a la trama. En un determinado punto de este proceso empieza a ser útil hablar de “recontextualización”. Cuanto más amplios sean los cambios, más utilidad tendrá la noción de “nuevo contexto”. Este contexto nuevo puede ser una nueva teoría explicativa, una nueva clase de comparación, un nuevo vocabulario descriptivo, una nueva meta privada o política, el último libro que hemos leído, la última persona con la que hemos hablado; las posibilidades son ilimitadas» (RORTY, RICHARD, «La indagación intelectual como recontextualización...», *op. cit.*, pp. 132-133).

*argumentación jurídica* <sup>127</sup>, la profesora Gianformaggio distingue, en lo que aquí nos interesa, dos teorías de la racionalidad procedimental:

(i) Una teoría *-débil-* que denomina «teoría de la racionalidad de las reglas del juego». Esta teoría corresponde a las tesis no cognitivistas en materia axiológica y tiene en el procedimiento un medio para la decisión de cuestiones prácticas, pero no para garantizar la corrección de éstas. El resultado del procedimiento no es una *conclusión* (en términos de inferencia), sino una *decisión*. Ciertamente, se ha llegado a esta decisión en el cumplimiento de las reglas del procedimiento, pero entre dichas reglas y la decisión final no hay relación material. «La regla fundamental, de acuerdo con esta concepción del procedimiento, es el principio de la mayoría» <sup>128</sup>. Un consenso final no significa nada más que un alto grado de homogeneidad entre los participantes en la discusión.

(ii) Otra teoría *-fuerte-* cuyo objetivo es «la restitución de la racionalidad en los asuntos prácticos-morales». Esta teoría sí vincula materialmente el cumplimiento de las reglas y el resultado del procedimiento, de modo que éste es una conclusión de aquél. El consenso implica objetividad. Esta identificación «restaura la conexión entre *racionalidad material* y *racionalidad formal*» <sup>129</sup> que la teoría anterior diluye.

En mi opinión, esta diferenciación sirve al propósito de clarificar qué concepción de procedimiento, y por ende, de racionalidad procedimental, manejan Aulis Aarnio y Robert Alexy en sus teorías de la argumentación jurídica. El desarrollo del concepto de forma de vida ha llevado al primero a sostener una postura de «relativismo cultural» (o moderado) en cuanto a cuestiones valorativas o axiológicas, de manera que el límite del discurso racional está precisamente en las fronteras de las formas de vida compartida. Un discurso entre miembros de una misma forma de vida tiende al consenso en la medida en que los participantes comparten un mismo acervo axiológico, siendo así que aquél es, en todo caso, previo al procedimiento (aunque cabe el disenso previo entre miembros de una misma forma de vida, éste tendría más bien connotaciones técnicas o lingüísticas). La función del procedimiento sería la de clarificación de posturas en orden a desenmascarar acuerdos o desacuerdos aparentes y permitir el acercamien-

<sup>127</sup> *Doxa*, núm. 14, 1993.

<sup>128</sup> «La noción de procedimiento en la teoría...», *op. cit.*, pp. 160-161.

<sup>129</sup> *Ídem*, pp. 161-163.

to entre ellas en la medida de lo posible, que es siempre la forma de vida compartida. El problema se plantea en el discurso multiétnico. Aquí la propuesta de Aarnio es la decisión por mayoría, pues el procedimiento, aun en condiciones ideales, no llevará a los participantes más allá de una óptima identificación de los puntos de fricción, esto es, de qué hay que decidir realmente con la regla de las mayorías. Además, Aarnio deja muy claro que no hay respuestas correctas y que a lo más que se llega mediante el principio de mayorías es a «la mejor respuesta posible». Responde absolutamente al perfil de una teoría débil de la racionalidad procedimental.

Por su parte, Alexy asume decididamente una teoría fuerte del procedimiento en la que entre resultado y reglas del mismo hay una conexión material. Esto supone que es posible «tratar» (racionalmente, mediante razones o argumentos) las creencias y convicciones normativas de los participantes en el transcurso del procedimiento. No cabe en esta concepción un pronóstico *a priori* sobre la posibilidad de alcanzar un consenso o qué grado de homogeneidad resultará de la discusión.

Parece entonces que estamos ante dos concepciones distintas. Si bien es cierto que los dos autores describen procedimientos similares, conceden a éstos un rendimiento muy distinto. La piedra angular de este disenso es el cognitivismo moral. El relativismo moderado o cultural de Aarnio conduce a posiciones no cognitivistas más allá de la forma de vida propia. Alexy, sin embargo, toma (de Habermas) como punto de partida la posibilidad de racionalizar las cuestiones valorativas y juzgarlas correctas o incorrectas universalmente <sup>130</sup>. Ahora bien, esta conclusión no es todavía satisfactoria —por incompleta— a la luz de algunas de las reglas del discurso, porque no veo cómo se puedan atribuir rendimientos tan distintos al mismo procedimiento. En su trabajo titulado «Aarnio, Perelman und Wittgenstein. Einige Bemerkungen zu Aulis Aarnio Begriff der Rationalität der juristischen Argumentation» <sup>131</sup>, Alexy se enfrenta directamente al concepto de racionalidad en Aarnio y plantea una serie de procedimientos que habrían de funcionar como procesos de racionalización/objetivación de las convicciones

---

<sup>130</sup> GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, «Justicia, democracia y validez del Derecho en Jürgen Habermas», *Sistema*, núm. 107, 1992, p. 115; NEUMANN, ULFRID, *Juristische Argumentationslehre*, op. cit., p. 78.

<sup>131</sup> ALEXY, ROBERT, «Aarnio, Perelman und Wittgenstein. Einige Bemerkungen zu Aulis Aarnio Begriff der Rationalität der juristischen Argumentation», en PECZENICK, ALEKSANDER/UUSITALO, JYRKI, *Reasoning on Legal Reasoning*, Helsinki, 1979. Tomo esta referencia de CALVO GONZÁLEZ, JOSÉ, *Comunidad jurídica y experiencia...*, op. cit., pp. 102-103.



normativas de los participantes. Estos procedimientos pueden ser reconducidos a las reglas de no contradicción (1.1) <sup>132</sup>, verdad empírica (6.1), valoración por sustitución de roles (5.1.1) y prueba de génesis histórica (5.2.1) del discurso práctico general. En efecto, la discusión que tenga como presupuestos pragmáticos estas reglas parece posibilitar un acuerdo racionalmente fundado. Ante este panorama, a la tesis relativista le quedan —que yo vea— dos salidas: o bien niega la realización, siquiera aproximada, de un discurso tal, o excluye estas reglas de la discusión. En mi opinión, una teoría como la de Aarnio no puede renunciar a estas reglas del discurso, especialmente a las dos primeras (1.1) y (6.1), de modo que le queda excluir la posibilidad de un discurso tal o, al menos, redefinir qué papel pueden jugar dichas reglas en un discurso mediado por la idea de las formas de vida. Creo que, considerado seriamente, el concepto de forma de vida no es compatible con la idea de control de consistencia ni con la valoración por sustitución de roles. Como decía Wittgenstein, la imagen del mundo es algo dado (no es una elección sobre criterios de corrección) y constituye el trasfondo con base en el cual distinguimos lo verdadero de lo falso. La consistencia y los juicios de valor son internos a las formas de vida, no son algo externo con lo que éstas se puedan confrontar. El examen de la consistencia lógica o la coherencia en términos de plausibilidad de una forma de vida desde un punto de vista externo, o sea, desde otra forma de vida, no desvirtúa el argumento. Las formas de vida no son elementos de una misma categoría o género, son incommensurables. Por otro lado, creo que la prueba de la génesis histórica es una regla innecesaria en el discurso, no como sostenía Rüssmann <sup>133</sup> por el peligro de desviar la atención del verdadero objeto de la discusión, sino por redundante. Se trata de la fundamentación actual de las convicciones normativas de los participantes con independencia de las circunstancias en que se originaron. Quizá la regla de verdad empírica sea la única que escape a los límites de la forma de vida, pero por sí solo es un argumento muy débil para sostener la posibilidad de acuerdos racionales entre auditorios valorativamente divididos. Además, incluso los argumentos empíricos están mediatizados por, o mejor dicho, son parte de la forma de vida.

<sup>132</sup> Entre paréntesis se especifica la numeración de las reglas del discurso práctico general de Alexy. *Vid.* nota a pie 94.

<sup>133</sup> RÜSSMANN previene contra el peligro que puede resultar de cuestionar el origen de las reglas morales y descuidar la discusión acerca de las razones que pueden proporcionar una justificación actual a dichas reglas, independientemente de las condiciones en que surgió. Debería —dice— eximirse a la fundamentación de este gravamen (recensión a *Theorie der juristischen Argumentation...*, *op. cit.*, p. 119).

Pensemos, por ejemplo, en una tribu cualquiera de un lugar lejano (ajena al «mundo civilizado») que, tras una larga temporada de sequía, recurre a una danza para invocar al dios de la lluvia (o en un pueblo del sur de Europa donde sus habitantes en situaciones análogas se lanzan a la calle en procesión con el párroco de la localidad a la cabeza implorando misericordia de los cielos). La inadecuación del medio al fin resulta evidente para amplios sectores de la cultura occidental. Unos días más tarde llueve. Los miembros de la tribu entienden confirmada la teoría; en próximas ocasiones repetirán la operación. Si, por el contrario, no surtiera efecto la danza, buscarán una explicación, que puede, o no, parecerse a la que daría un meteorólogo actual. Muy probablemente, no se parecerá y dicha explicación no pondrá bajo tela de juicio el resto de creencias, sino, más bien, buscará ser coherente con éstas (intentará evitar una situación de «recontextualización» en sentido profundo), se construirá a partir de los materiales conceptuales existentes. Así, antes que pensar que el dios de la lluvia no existe, atribuirán el fracaso de la danza a que el dios está enfadado, cansado, jugando al mikado con otros dioses o a cualquier otra causa.

Recapitulemos. Aarnio, al limitar la posibilidad de acuerdo racional al auditorio que comparte la forma de vida, no define el consenso como resultado del procedimiento discursivo, sino previo. Alexy, en cambio, al sostener la posibilidad de que se produzcan modificaciones de las convicciones normativas de los participantes en el curso del procedimiento, define el consenso como resultado de aquél. Haciendo uso de la distinción de Gianformaggio, puede hablarse en Aarnio de una concepción *adjetiva* de la racionalidad discursiva (*procedimiento racional*), que corresponde a la teoría débil de la racionalidad procedimental, y en Alexy de una concepción *sustantiva* (*racionalidad procedimental*), que corresponde a la teoría fuerte de racionalidad procedimental. En mi opinión, dos concepciones muy distintas de qué debemos entender por racionalidad procedimental.

La segunda cuestión se refiere a la forma en que razonamiento jurídico y práctico están vinculados, esto es, la tesis del caso especial. A partir de ahí, y considerando lo dicho en cuanto a las distintas concepciones de la racionalidad procedimental de Aarnio y Alexy, se pueden definir dos relaciones distintas entre derecho y moral en la dimensión de aplicación.

En un interesante artículo que lleva por título *La tesis del caso especial y el positivismo jurídico*<sup>134</sup>, García Figueroa distingue cuatro versiones

---

<sup>134</sup> En prensa, de próxima aparición en *Doxa*.



de la tesis del caso especial en función de las siguientes variables: (i) su carácter descriptivo o normativo y (ii) el tipo de razonamiento práctico que se considera general: la moral social o la moral crítica social o pautas aceptadas como correctas por el participante. Si soy coherente con lo dicho al principio del trabajo, no puedo aceptar la asimilación de razonamiento práctico con razonamiento moral que, no creo equivocarme, aquí se hace. En lo que sigue me referiré a esta cuestión en otro sentido: qué tipo de argumentos morales intervienen (tesis descriptiva) o deben intervenir (tesis normativa) en el razonamiento jurídico en tanto caso especial del razonamiento práctico (y como tal, participado en mayor o menor medida por argumentos morales, éticos, políticos,... y sujeto a las exigencias de la argumentación racional). En lo que sigue, voy a sostener que, tanto Aarnio como Alexy, presentan versiones normativas (esto es, político-ideológicas, y no conceptuales) de la tesis del caso especial que establecen, en función de las distintas concepciones de la racionalidad discursiva, vínculos diferentes entre el derecho y la moral para el razonamiento jurídico.

Aarnio definió su teoría de la argumentación jurídica como una teoría *débilmente* normativa expresable como una norma técnica del modo: «si se quiere maximizar la expectativa de certeza jurídica debe regir el principio regulativo de la aceptabilidad (racional) de la mayoría». Condición necesaria para la realización del principio regulativo del razonamiento jurídico es la discusión racional (en sede de justificación externa) bajo los presupuestos del discurso práctico general. Entiendo que, aunque sea en este sentido *débil*, la tesis de Aarnio tiene carácter normativo, es decir, que el razonamiento jurídico *debe ser* un caso especial del razonamiento práctico si se quiere satisfacer la expectativa de certeza jurídica, deseo que, por otra parte, debe tener todo aquél que busque la legitimación de su decisión/interpretación. El vínculo entre el razonamiento jurídico y el práctico podría definirse como «cultural» (con base en la justificación tanto de la expectativa de certeza jurídica, como de la idea de racionalidad), que no sería sino otra denominación para un vínculo ideológico.

El caso de Alexy es más complicado. El autor alemán sostiene una tesis descriptiva del caso especial («el razonamiento jurídico *es* un caso especial del razonamiento práctico general») que define un vínculo conceptual entre ambos. Como ya se vio, esta tesis es falsa salvo que se presuma la racionalidad de las leyes y esto es algo que escapa a las teorías de la argumentación jurídica. Por otro lado, la dimensión de la pretensión de correc-

ción que se refería a las «decisiones jurídicas en cuanto tales» (es decir, más allá del marco que define el orden jurídico válido), permitía distinguir las decisiones correctas (y válidas) de las meramente válidas. ¿Qué, si no la corrección discursiva (general), puede determinar que una decisión jurídica es válida, pero incorrecta? Si esto es como digo (y así creo que es), el vínculo entre el razonamiento jurídico y el práctico es político/ideológico, esto es, normativo<sup>135</sup>.

Una vez establecido el carácter normativo de los modelos argumentativos respecto del razonamiento práctico general, queda ahora determinar, tomando en consideración las distintas concepciones de la idea de racionalidad (procedimental) de nuestros autores, qué tipo de argumentos morales deben intervenir en el razonamiento jurídico (en tanto que caso especial del razonamiento práctico) y qué relaciones establecen entre el derecho y la moral en el nivel interpretativo/aplicativo del derecho.

Como se ha visto, Aarnio, sobre la base de una postura relativista (moderada), defiende una teoría débil de la racionalidad (no modificación de creencias o convicciones normativas de los participantes que no comparten la forma de vida en el transcurso del procedimiento). Esto le lleva a formular su principio regulativo del razonamiento jurídico: la aceptación mayoritaria de los miembros de la comunidad que discuten racionalmente, esto es, conforme a las exigencias del discurso (razonamiento) práctico general. Aarnio sitúa al intérprete/decisor jurídico en una posición externa (observador) desde la que debe considerar las distintas concepciones morales sociales que la argumentación va definiendo y su fuerza cuantitativa en la comunidad a la que va dirigida la decisión/interpretación. El tipo de argumento moral que el razonamiento jurídico debe tener en cuenta es la moral social positiva. En efecto, se presume de los participantes una argumentación en términos de moral crítica (pretensión de corrección), pero la conexión que el modelo relativista de Aarnio acaba definiendo para la interpretación, en orden a maximizar la satisfacción de la expectativa de certeza jurídica, es un vínculo político (legitimatorio) entre el razonamiento jurídico y la moral social (*Sittlichkeit*).

Alexy, por el contrario, sostiene una versión fuerte de la racionalidad (modificación de creencias y convicciones normativas de los participantes con independencia de la pertenencia de éstos a diferentes formas de vida) y, por tanto, su tesis del caso especial se centra genuinamente en el punto de vista interno, del participante. La pretensión de corrección se refiere a la

---

<sup>135</sup> *Vid.*, en este mismo sentido, BULYGIN, EUGENIO. «Alexy und das Richtigkeitsargument», en AARNIO, AULIS, ET AL. (eds.) *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, op. cit., pp. 19-24.

corrección discursiva, es decir, es un criterio formal (procedimental) y no sustantivo de la corrección. En este sentido, el tipo de argumentos morales involucrados en el razonamiento jurídico son únicamente los de los participantes –moral crítica– desarrollados en condiciones que satisfagan las exigencias pragmáticas de la racionalidad discursiva. La conexión (normativa) entre el derecho y la moral que define esta versión del caso especial no vincula el derecho con la moral social, sino únicamente con los presupuestos morales (*Moralität*) de la teoría del discurso: la autonomía y la universalidad.

## 5. CONCLUSIÓN

Aunque la mayoría de las modernas teorías de la argumentación jurídica hagan uso de un concepto de racionalidad *largo sensu* que no sólo se refiere a la dimensión lógica de las conclusiones, sino también a la dimensión pragmática de un razonamiento jurídico hoy colectivizado, los presupuestos filosóficos de cada teoría definen una concepción distinta (con alcance muy distinto) de la racionalidad procedimental: una postura no cognitivista, como la de Aarnio, deriva en una teoría *débil* (o teórico-decisionista) de la racionalidad procedimental. Una concepción universalista, como la de Alexy, implica una teoría *fuerte* (o teórico-argumentativa)<sup>136</sup> de la racionalidad procedimental.

Por otra parte, desde el punto de vista de la tesis del caso especial, cada concepción de la racionalidad discursiva define un vínculo (normativo) distinto entre el razonamiento jurídico y los argumentos morales que en él intervienen en tanto que caso especial del razonamiento práctico general. En efecto, la única salida racional que queda a una teoría *débil* de la racionalidad discursiva es la discriminación por el principio de mayorías entre las concepciones morales sustantivas dadas *a priori*. De este modo, se crea una conexión (en el caso de Aarnio, como medio para maximizar la expectativa de certeza jurídica) entre la moral social mayoritaria y el razonamiento jurídico. Una teoría *fuerte* de la racionalidad, en cambio, sólo establece una conexión a los presupuestos morales que subyacen al procedimiento, pero nunca a concepciones morales *a priori*. Es la fuerza de los argumentos en cada caso, esto es, el resultado del proceso discursivo (*a posteriori*), lo que debe resolver las cuestiones prácticas.

---

<sup>136</sup> Vid. ALEXY, ROBERT, *Probleme der...*, op. cit., p. 82.